

**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**E.A.P. DE DERECHO**

**El Proceso dialéctico del comprender y su potencial en  
la comprensión del tipo como unidad de sentido**

relevancia de los "conocimientos especiales" en la atribución de  
responsabilidad jurídico-penal

--Un programa de derecho penal local--

TESIS

para optar el Título Profesional de Abogado

AUTOR:

Daniel Alonso Almeyda Velásquez

ASESOR:

José Urquiza Olaechea

**Lima – Perú**

**2011**

*A mi madre, Juana Delfina.*

## Abreviaturas y Siglas

ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales
Art.	Artículo
cap.	capítulo
C.C	Código civil
cfr.	confróntese
cit.	citado
coord.	coordinador
CPP.	Código penal peruano
NCCP	Nuevo Código Procesal Penal
dir.	director
ed.	Edición
Exp.	Expediente
inc.	inciso
LH	Libro homenaje
n.m	número marginal
op.cit.	obra citada
p.; pp.	página; páginas
PG	Parte general
PJ	Poder Judicial
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales
RPDJP	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
s.; ss.	siguiente, siguientes
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal Alemán)
T.	Tomo
trad.	traductor
V.	volumen
v. gr.	Verbigracia

### *Dificultades de la presente tesis*

Sin duda, de antemano, a mi tesis no le auguro ninguna aceptación en el medio académico, pues ha de superar, en términos de Zaffaroni, tres planos, el teórico, el práctico y el político, y todo esto, sencillamente, no lo voy a lograr. En éstos dos últimos recibirá un rechazo total; por una parte, en el plano práctico, debido a la referencia a Marx, pese a haber autores que, de una u otra manera, reconocen tácitamente algunos de sus elementos dialécticos, de igual manera, lo descrito es inejecutable; en el plano político, el contexto económico-social y, sobre todo, educativo peruano no permite vislumbrar a una sociedad que reconozca una alternativa o al menos un modesto cambio a nuestro *establishment*, por más adecuado que pudiera ser. Ante dos derrotas mi esperanza está en ganarla en el plano teórico, mi tesis demuestra, por un lado, que un no marxista valora el desarrollo científico de Marx y lo eficaz de su método, de ese modo, espero lograr la inclusión *de la pluralidad metódica* en el discurso jurídico-penal y, por otro, poner de relieve, que el atribuirse una posición en la filosofía (idealista, materialista, hegeliano, neotomista, etc.) y su consecuencia relativa en el Derecho (positivista, iusnaturalista, funcionalista, habermasiano, etc), exige ser consecuente no sólo en su área filosófica o del Derecho, sino en su vida diaria. Hoy en día, quienes tienen una participación directa en el debate académico, se dicen ser “...istas” o “...ianos”, sin saber lo que están diciendo, llegando a contradicciones insoportables, y peor aun, comportándose en su vida totalmente distinto a lo que dicen las teorías de *sus* maestros que tienen una médula ética; el oportunismo académico y el “llamar la atención” es lo que prima entre nuestros académicos. Al fin, me he mostrado en todo el desarrollo de mi tesis consecuente con *mis principios*; una de tres no está mal para empezar.

## ÍNDICE

Consideración preliminar.....	07
Sobre las obras a citar.....	08
Prefacio.....	09

## CAPÍTULO I

### Método

<b>A. Premisas filosóficas.</b> .....	10
1. Método metafísico y dialéctico. ....	12
<b>B. La dialéctica y sus premisas fundamentales.</b> .....	15
§ 1 Del mundo objetivo. ....	15
1. El tránsito de los cambios cuantitativos a los cualitativos.....	18
2. La unidad y la lucha de contrarios.....	19
3. La negación de la negación. [Tesis, antítesis y síntesis].....	21
§ 2 Teoría dialéctica del conocimiento o Teoría del reflejo.....	25
§ 3 De la crítica del Derecho.....	28
1. Necesidad de una comprensión valorativa del Derecho. Crítica a la concepción marxista del Derecho.....	28
§ 4 Dialéctica aplicada y Derecho. ....	32
1. Los Principios en general y los Principios Generales del Derecho. ....	32
2. Los valores como resultado de la interacción de las relaciones sociales concretas.....	32
3. ¿De la «dialéctica» se desprende un “profecía” en el sentido de Radbruch?.....	34

## CAPÍTULO II

### El fenómeno penal

<b>§ 1 Un nuevo Sistema penal no legitimante.</b> .....	35
1. Estabilidad de la contradicción fundamental. ....	36
2. Finalidad del Sistema Penal: Limitación del poder punitivo.....	37
2.1. Expresión jurídica de la contradicción fundamental: La teoría de la Protección de bienes jurídicos.....	38
3. De lo particular a lo general. La contradicción entre libertad y seguridad como constatación de la realidad objetiva.....	41
<b>§ 2 Desarrollo del Sistema Penal: Dialéctica de la forma y contenido en el Sistema Penal.</b> .....	43
1. Derecho penal.....	43
1.1. La norma en general y la norma penal como reflejo de la primera contradicción.....	44
1.2. Desarrollo.....	45
2. Derecho procesal Penal.....	46
3. Derecho de ejecución penal.....	47

## CAPÍTULO III

### La teoría dialéctica del conocimiento en la Teoría General del Derecho

<b>1. Dialéctica del conocimiento en la Teoría General del Derecho.</b> .....	49
<b>2.- Subsunción y enjuiciamiento.</b> .....	52
2.1. La subsunción como relación puramente lógica.....	52
2.2. El enjuiciamiento. ....	53

3.- Resumen.....	54
4. Carácter universal del enjuiciamiento.....	55
<b>CAPÍTULO IV</b>	
<b>Aplicación de la dialéctica a la dogmática penal.</b>	
1. Dialéctica de la estructura del delito.....	56
1.1. Primer enjuiciamiento: La tipicidad.....	58
1.2. Segundo enjuiciamiento: La antijuridicidad.....	58
1.3. Culpabilidad.....	60
<b>CAPÍTULO V</b>	
<b>Aplicación del método al problema</b>	
1. La Teoría de la imputación objetiva.....	62
1.1. La Teoría de imputación al tipo objetivo de C. Roxin.....	63
1.2. La Teoría de la imputación objetiva de G. Jakobs.....	66
1.2.1. Presencia de conocimientos especiales en la determinación del riesgo permitido.....	69
1.2.2. Presencia de conocimientos especiales en el ámbito de la prohibición de regreso.....	70
2. Crítica.....	72
2.1. Crítica: La Teoría imputación objetiva como filtro o «esquema de interpretación».....	73
2.2. Crítica: ¿Relevancia de lo “social” en la Teoría de la imputación objetiva de Jakobs?...78	
2.3. Crítica: ¿División didáctica o metodológica del tipo penal en objetivo y subjetivo? .....	79
A. Aplicación del método I.....	80
1. Sociedad y Persona: Una concepción personal. A la vez una crítica a la concepción normativa de la sociedad.....	80
B. Aplicación del método II: Teoría del reflejo en el tipo.....	84
1. Acción final y adecuación social.....	90
2. ¿Teoría de la imputación objetiva y adecuación social?.....	93
3. La crítica al Finalismo desde la dialéctica y su reducción a la metafísica.....	94
C. Aplicación del método III: Teoría del reflejo en la norma.....	98
I. Los saberes especiales del autor y su tratamiento dogmático: Una solución al problema (propuesta de criterio de atribución).....	98
1. Concretización del deber de actuar.....	100
2. Perspectiva del enjuiciamiento del hecho <i>¿ex ante/ex post?</i> .....	103
3. Resolución de casos.....	103
4. Cuestiones relativas a las capacidades inferiores a la media.....	108
5. Problemas secundarios.....	109
II. Enjuiciamiento e Imputación objetiva.....	110
III. ¿Vinculación a lo ontológico-social en Ernst-Joachim Lampe?.....	111
IV. Conclusiones.....	112
<b>CAPÍTULO VI</b>	
<b>Sobre Dios y la crítica de Marx a la religión</b>	
1. El mundo puesto por Dios.....	118
Apéndice: Un programa de Derecho Penal para Latinoamérica sobre las obras de Juan Bustos Ramírez y Eugenio Raúl Zaffaroni.....	123

### *Consideración preliminar*

*El presente trabajo de investigación que se expone como tesis de habilitación sintetiza mi pensamiento filosófico, político-ideológico y moral que he alcanzado hasta el momento actual, que si bien aún no es del todo elaborado, muestra ya un posicionamiento claro o identificable por cualquiera que participe en la discusión filosófica-política. Esta «manera de pensar» no fue adquirida unilateralmente por las enseñanzas teóricas, sino que constituye, en lo fundamental, mi práctica de actuar diario. Esto es necesario explicar, ya que de otro modo, no se podrá comprender la exposición que realizo en los Capítulos I y VI que competen a las premisas filosóficas que sostienen la estructura de mi trabajo. Mi tesis no es, pues, sólo el estudio de un problema particular del Derecho penal abordado desde el Derecho penal, sino que es abordado desde una visión total de vida, implicando esto que, previamente, haya construido unas premisas sobre el Derecho en general y, luego, del Derecho penal en particular. En efecto, ambos capítulos no se explican si no se tiene en consideración mi paso durante diez años de mi vida –entre los once y veinte años de edad– en la Iglesia cristiano-evangélica “Jesucristo es el Señor” dirigida por el Pastor evangélico Segundo Torres F., experiencia que me formó una conciencia en ser consecuente con los principios cristianos que uno asume y el modo de actuar; asimismo, las enseñanzas ya me permitían diferenciar los problemas sociales y lo que competen a Dios. La caída del régimen fujimorista y el concepto de democracia que ello me trajo consigo, por un lado, y los atentados del 11 de septiembre, por otro, que se presentaron en el último año de secundaria, donde precisamente estudiaba la historia universal, me indujeron a cuestionarme que el mundo objetivo no se rige con cierta comunión como pueden regirse las ideas cristianas. Por otra parte, con una sólida formación evangélico-protestante conocí las obras de C. Marx durante mi formación universitaria, las cuales me permitieron discernir un actuar que ya no sólo se basaba en función de principios evangélicos, sino en la identificación de problemas materiales generales que atañen a la sociedad en su conjunto, a lo cual se sumó mi experiencia frente a poder punitivo, constatando por dentro, cómo el control penal a través de sus agencias policiales se desenvuelven como una maquinaria compuesta de engranajes donde todo funciona a la perfección, así pude aprehender que la limitación del poder punitivo es la única –y no hay otra– misión del Derecho penal en su conjunto (Procesal penal y Ejecución penal)*

*Es así que no puedo abordar un problema al que pretendo dar una solución particular sin abordarlo con mis consideraciones personales, dicho de otro modo, tengo que ser consecuente con lo que pienso, me negaría a mi mismo si me quedo callado sobre mi cosmovisión.*

La *consideración preliminar* ya advierte que la presente tesis tomará premisas desarrolladas por C. Marx y F. Engels, sin embargo, esto aún no evitará que un penalista se pregunte ¿qué tienen que ver las tesis filosóficas de Marx con el Derecho penal?, podría significar una provocación, pues es difícil encontrar un texto de Derecho penal que cite a Marx como premisa a considerar en su estudio. Hoy se cita mucho a G. W. F. Hegel, básicamente su *Filosofía del Derecho*, por cierto, su obra más política y conservadora, o mejor dicho, la aplicación política de su sistema, y que seguramente lo saben quienes lo citan; no se ve citar, pues, su *Ciencia de la lógica*, la *Fenomenológica del Espíritu* o, en todo caso su *Enciclopedia de las ciencias filosóficas* (exposición global y abreviada de todo su sistema filosófico, la *esencia desplegada del espíritu filosófico*), donde se exponen el método dialéctico, el alma de su pensamiento (su filosofía especulativa). De ese modo, con las referencias a Marx y Engels, en muchas ocasiones con largas citas textuales, me permito señalar la utilidad de las tesis de estos autores y revalorar su carácter científico y aplicativo, capaz de dar resultados interesantes y sumamente productivos, más aun en un contexto como el peruano donde puede ser casi un delito hablar de ellos. En mi trabajo, C. Marx no viene solo, sino íntimamente ligado a G. W. F. Hegel, ambos son su base, ya que no se puede explicar, definitivamente, las premisas del primero sin el segundo.

Por otra parte, también cito a V. I. Lenin –en menor medida–, lo cual provoca sin duda alguna, una gran alarma, ya que se vincula a este autor muy estrechamente con el totalitarismo estalinista; si poco tenía que ver Marx con el Derecho Penal ¿qué hace Lenin aquí? En palabras del maestro Marco Aurelio Denegri, la alarma señalada se generará en los no cultileídos, es decir, en una gran mayoría, mientras que los cultileídos podrán ver en las citas puntuales, un revalorización de sus trabajos que, sin duda, se lo merece, precisamente, en el ámbito de la *dialéctica* (Véase, *Lenin Reactivado. Hacia una política de la verdad*. Sebastian Bubgen/Stathis Kouvelakis/Slavoj Žižek (eds.). Madrid: Ediciones Akal S.A., 2010, y ya anteriormente “*Lógica dialéctica*”, P. V. Kopnin, México D. F.: Gribaldo, 1966), así por ejemplo, si la obra *Materialismo y empiriocriticismo* llevara como su autor a un K. Jasper, K. Popper o quizás un Foucault o Gramsci, aquella sería, un referente para comprender la filosofía materialista dialéctica, pero en tanto es escrita por V. I. Lenin, no importa lo que haya dicho, no hay que leerlo y no tiene nada que hacer en un trabajo científico, pues sus obras (ahí está el prejuicio) son políticas y de la mala; miren –se dirá– a donde llegaron sus teorías.

Particularmente, no pretendo escandalizar o alamar un tranquilo debate dentro del Derecho penal con la presencia de Marx y Lenin, sino mostrar, simplemente, lo interesante y fructífero que pueden ser sus aportes si se les mira como son, como aportes científicos. Finalmente, las obras que orientan mi tesis en sus marcos generales, ya en el campo penal, son “*En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática jurídico-penal*” (1989) y *Derecho Penal-Parte General*, (2ª ed. 2002) del Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni y las *Obras completas* (2004), T. I y II del Prof. Juan Bustos Ramírez.



## *Prefacio*

Este trabajo parte de presupuestos filosóficos, no obstante, esto no significa que su desarrollo sea puramente especulativo, es decir, extraer conocimientos por medio del raciocinio lógico; por el contrario, estos *presupuestos* se derivan del mundo mismo que investigan las ciencias particulares.

Hoy, no hay ningún campo de fenómenos del mundo que nos rodea que no sea objeto de estudio por parte de una ciencia especial, pero esto no significa que la filosofía no tenga un objeto de estudio. La filosofía tiene el mismo objeto de estudio que las ciencias especiales o particulares, como la historia, la sociología, la física o la química, es decir, al mundo objetivo, sin embargo, su campo de conocimiento versa sobre nexos y relaciones más generales que el de las ciencias especiales que estudian determinados fenómenos.

Entre los problemas más generales se encuentra la relación entre el ser y el pesar, cuál es la fuente de nuestro conocimiento, esto es, si nuestras formas de pensamiento (conceptos y representaciones) reflejan el mundo objetivo.

La presente investigación se sostiene de las respuestas que en el campo filosófico nos damos a los problemas más generales, y aquí es preciso señalar que, no debe confundirse con los problemas concretos de cada ciencia –la del Derecho penal en particular– y que le compete a él resolver. Cada ciencia particular estudia las peculiaridades que rigen su objeto de estudio. Los puntos de partida que nos da la filosofía son una guía para el conocimiento de los diversos campos que queremos conocer, *más no desplaza a las ciencias especiales*.

En nuestro caso, la Ciencia penal investigará los caracteres que rigen su objeto particular de estudio; pero el mundo es *uno*, y en tanto, la filosofía estudia también el mundo, los conocimientos generales han de ser semejantes a los conocimientos particulares del campo delimitado por la ciencia especial, siendo estas últimas con características propias.

Así entendida la relación entre la filosofía y las ciencias particulares, aquella no brinda soluciones ya dispuestas a los problemas que se ocupan las ciencias especiales, sin embargo, provee a todas las ciencias de una teoría certera del pensamiento y del método para encontrar esas soluciones.

Por lo tanto, el método lo aporta la filosofía, este método es derivado del mundo, el cual va a ser aplicado a la comprensión del fenómeno penal; aquel será un guía en todo momento, de esa manera, puedo decir que esta tesis es, fundamentalmente, científica.

Finalmente, quiero poner de relieve que el fin de este trabajo se dirige a la *limitación o contención del poder punitivo del Estado*, y que se traduce en el fin del Sistema penal.

## **Capítulo I**

### **Método**

#### **A.- Premisas filosóficas**

Las ideas sencillas son las que ofrecen resultados convincentes.

Este trabajo parte de principios generales, lo cual implica asumir principios filosóficos que no solo atañen al Derecho en general, ni al Derecho penal en particular, sino que comprenden una concepción del mundo como cualquier otro puede tener la suya, pero se diferencian en tanto que la nuestra tiene un grado de reflexión distinto a la forma espontánea de otros.

Siendo esto así, tengo que partir del problema fundamental de la filosofía, que es el problema de toda concepción del mundo: El problema de las relaciones entre el ser y el pensar, de la razón o la naturaleza, ¿qué es lo primero? Este es el problema fundamental de la filosofía, porque lo espiritual y lo material son los conceptos más generales que abarcan cuanto existe en el mundo, ya que los fenómenos o existen fuera de nuestra conciencia o son fenómenos espirituales. El problema fundamental de la relación entre el ser y el pensar es el problema fundamental de toda concepción filosófica del mundo, porque la solución que se le dé determina la respuesta a los demás problemas a tratar por la filosofía.

Ante este problema, la solución se abordará en relación con la contemplación del *Yo y el mundo*<sup>1</sup>. Siendo ello así, partiremos del reconocimiento de que el mundo existe primero. El ser es lo primario. Este es un punto de partida científico, no especulativo, del cual se desprende nuestro primer principio metodológico:

#### **El mundo *existe* independientemente de nuestra conciencia**

Ante esta respuesta cabe hacer otra pregunta, ¿cómo es ese mundo? El mundo o realidad objetiva es todo cuanto existe (la naturaleza y la sociedad); y ese mundo

---

<sup>1</sup> Ver *infra* capítulo VI.

tiene la particularidad de estar en movimiento, pero no en movimiento circular o mecánico, sino en movimiento dialéctico, esto es, contradictorio, que va de lo inferior a lo superior. Basta poner un ejemplo, nadie podrá negar que el universo, las plantas y la sociedad en general constantemente estén cambiando. La sociedad y la naturaleza han evolucionado y lo seguirán haciendo. De aquí se desprende nuestro segundo principio metodológico:

### **La realidad objetiva se encuentra en constante *cambio y movimiento***

Ahora bien, el problema fundamental de la filosofía, además de girar en torno a la pregunta de qué es lo primero (el ser o el pensar), envuelve otro importante aspecto: el que se refiere a la relación que nuestros pensamientos, ideas y conocimientos acerca del mundo guardan con este. ¿Puede nuestro pensamiento conocer el mundo real?, y ¿dónde se halla la *fuentes* de nuestro conocimiento?

Si hemos afirmado que el mundo tiene una existencia objetiva, independiente de la conciencia, es decir, que precede al *pensamiento del hombre*, entonces los hombres para poder conocer la realidad objetiva o la naturaleza deben representarse una parte de la misma y reflejarla en la mente. Esto, pues, apareja el reconocimiento de la posibilidad de conocer el mundo y las leyes que explican su movimiento. La *fuentes* de nuestro conocimiento es *la realidad objetiva*; y la forma de conocerla es a través de nuestras sensaciones y la experiencia concreta, *las representaciones y los conceptos* que formamos serán capaces de ofrecernos una imagen exacta de él. De lo descrito se desprende nuestro tercer y último principio científico-filosófico:

### **Las formas del pensamiento constituyen un reflejo de la realidad.**

El mundo o realidad objetiva existe independientemente de nuestra conciencia y se encuentra en constante cambio y movimiento<sup>2</sup>. Si nos abocamos al conocimiento del mundo, entonces, las representaciones y conceptos que formemos en nuestra mente serán un reflejo de la realidad; si reflejamos el mundo objetivo y este se encuentra en movimiento, consecuentemente, debemos afirmar que las formas de pensamiento también adquirirán la propiedad del movimiento: *los conceptos se encuentran en constante cambio y movimiento*.

---

<sup>2</sup> Sigue estas bases, Eugenio Raúl Zaffaroni, “*En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática jurídico-penal*” [1989], 2ª reimpresión, Buenos Aires: EDIAR, 1998., así afirma: «nuestra posición acepta el realismo filosófico en el sentido de que el “material del mundo” es algo que existe fuera e independientemente de nosotros y frente a lo cual el “acto de conocimiento” no cumple ninguna función “creativa”, limitándose a asignarle un sentido (un “para qué”)», p. 166. Más adelante, sobre el reconocimiento del mundo cambiante y su *conocimiento*, señala, que «[I]a “verdad”, como coincidencia con la realidad, es algo que se nos plantea como seriamente problemático, desde que la contradicción resulta ser dato invariable de la realidad como constante devenir y a la que debe admitirse como tal, puesto que la verdad es la realidad misma y a ella sólo podemos acercarnos en forma más o menos elíptica, por la necesidad de admitir su contradicción, del mismo modo en que, desde el fondo de la tradición filosófica lo postularon Heráclito y Lao Zi, es decir, en el sentido originario de la conservación de la contradicción y no en la versión compatibilizada con el modo del saber cartesiano-newtoniano que quiso darle Hegel al pretender convertir a Heráclito en inventor de su dialéctica», p. 168.

Abordar este método nos lleva a la plena seguridad que, en el proceso de abstracción, la idea o el concepto no se divorciará de la realidad.

### § 1.- Método metafísico y dialéctico

Se ha de partir como premisa que la elección del *método* no es una cuestión subjetiva o de puro gusto, sino que debe reflejar el desarrollo de la realidad o mundo objetivo; esto significa que se debe comprender previamente las leyes que rigen la naturaleza y la sociedad, las cuales al ser representadas en nuestro pensamiento en forma de conceptos lo guiarán con el objeto de comprender los distintos campos del saber en estudio; es así que el método nos guiará de forma paralela o análoga a la manera como se desarrolla la misma realidad. Por tanto, el método de conocimiento, extraído de la realidad, posee la capacidad de comprender a dicho mundo. Este método es la *dialéctica*.

«[L]a dialéctica es precisamente la forma más cumplida y cabal de pensamiento para las modernas ciencias naturales, ya que es la única que nos brinda la analogía y, por tanto, el método para explicar los procesos de desarrollo de la naturaleza, para comprender, en sus rasgos generales, sus nexos y el tránsito de uno a otro campo de investigación»<sup>3</sup>.

Engels, en su “*Ludwing Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana*” se refería de la dialéctica hegeliana de la siguiente manera:

«(...) En Hegel, la dialéctica es el autodesarrollo del concepto. El concepto absoluto no sólo existe desde toda una eternidad —sin que sepamos dónde—, sino que es, además, la verdadera alma viva de todo el mundo existente. El concepto absoluto se desarrolla hasta llegar a ser lo que es, (...); luego, se «enajena» al convertirse en la naturaleza, donde, sin la conciencia de sí, disfrazado de necesidad natural, atraviesa por un nuevo desarrollo, hasta que, por último, recobra en el hombre la conciencia de sí mismo; en la historia, esta conciencia vuelve a elaborarse a partir de su estado tosco y primitivo, hasta que por fin el concepto absoluto recobra de nuevo su completa personalidad en la filosofía hegeliana. Como vemos en Hegel, el desarrollo dialéctico que se revela en la naturaleza y en la historia, es decir, la concatenación causal del progreso que va de lo inferior a lo superior, y que se impone a través de todos los zigzags y retrocesos momentáneos, no es más que un cliché del automovimiento del concepto; automovimiento que existe y se desarrolla desde toda una eternidad, no se sabe dónde, pero desde luego con independencia de todo cerebro humano pensante. Esta inversión ideológica era la que había que eliminar. Nosotros retornamos a las posiciones materialistas y volvimos a ver en los conceptos de nuestro cerebro las imágenes de los objetos reales, en vez de considerar a éstos como imágenes de tal o cual fase del concepto absoluto. Con esto, *la dialéctica quedaba reducida a la ciencia de las leyes generales del movimiento, tanto el del mundo exterior como el del pensamiento humano: dos series de leyes idénticas en cuanto a la esencia, pero distintas en cuanto a la expresión*, en el sentido de que el cerebro humano puede aplicarlas conscientemente, mientras que en la naturaleza, y hasta hoy también, en gran parte, en la historia humana, estas leyes se abren paso de un modo inconsciente, bajo la forma de una necesidad exterior, en medio de una serie infinita de aparentes casualidades. Pero, con esto, la propia

---

<sup>3</sup> F. Engels, *Dialéctica de la Naturaleza*, trad., de Wenceslao Roces, México D.F.: Editorial Gribaldo, 1961, pp. 23 y s.

dialéctica del concepto se convertía simplemente en el reflejo consciente del movimiento dialéctico del mundo real, lo que equivalía a poner la dialéctica hegeliana cabeza abajo; o mejor dicho, a invertir la dialéctica, que estaba cabeza abajo, poniéndola de pie»<sup>4</sup>.

El método dialéctico «enfoca las cosas y sus imágenes conceptuales sustancialmente en sus conexiones, en su concatenación, en su dinámica, en su proceso de génesis y caducidad (...)»<sup>5</sup>. Así pues, es «la ciencia de las leyes generales del movimiento y la evolución de la naturaleza, la sociedad humana y el pensamiento»<sup>6</sup>.

El método opuesto es el metafísico<sup>7</sup>; asumir que el mundo objetivo no posee movimiento es tomar una postura metafísica<sup>8</sup>. «Para el metafísico, los objetos y sus imágenes en el pensamiento, los conceptos, son objetos de investigación aislados, fijos y rígidos, enfocados uno tras otro, cada cual de por sí, como algo dado y perenne»<sup>9</sup>. Dicho en otras palabras, «el método de conocimiento metafísico es el modo de abordar el estudio de las cosas y los fenómenos de la naturaleza sin consideración en sus mutuas relaciones orgánicas, viendo en ellas algo sustancialmente inmutable y carente de contradicciones internas. Este método refleja unilateralmente algunos rasgos de la realidad, registra la

---

<sup>4</sup> F. Engels, *Ludwing Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana*, en Marx y Engels, *Obras escogidas*, Moscú: Editorial Progreso, [s.a.], p. 460; sobre las relaciones entre el “realismo” y el “idealismo” en la teoría del conocimiento, véase, Manuel García Lorente, *Lecciones preliminares de filosofía*, 9ª ed., (1ª ed. en la colección “Sepan cuántos...”, 1971), México D. F.: Editorial Porrúa, S.A., 1980, p. 105, y sobre todo en pp. 114 y s.

<sup>5</sup> F. Engels, *Del socialismo utópico al socialismo científico*, en Marx y Engels, *Obras escogidas*, Moscú: Editorial Progreso, [s.a.], p. 428; igualmente, F. V. Konstantinov, *Fundamentos de la filosofía marxista*. Academia de Ciencias de la URSS, Instituto de Filosofía, trad., de Adolfo Sánchez Vásquez y Wenceslao Roces, México, D.F.: Editorial Grialdo, 1965, «Es el método que considera las cosas, los fenómenos y sus reflejos mentales, los conceptos, en sus mutuas relaciones y en movimiento, en su nacimiento, desarrollo contradictorio y desaparición», p. 21.

<sup>6</sup> F. Engels, *Anti-Dühring. La subversión de la ciencia por el señor Eugen Dühring*, trad., de Manuel Sacristán Luzón, México, D.F.: Editorial Grialdo, 2ª ed., 1968, p. 131; V. I. Lenin, refiriéndose a la dialéctica de Marx, que fuera tomada de Hegel dice, «es la doctrina del desarrollo en su forma más completa, más profunda y más exenta de unilateralidad, la doctrina de la relatividad del conocimiento humano, que nos da un reflejo de la materia en constante desarrollo», “*Tres fuentes y tres partes integrantes del Marxismo*”, en Marx y Engels, *Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso, [s.a.], p. 20.

<sup>7</sup> Sobre este posicionamiento Hegel señaló en el § 26 de su *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio*, trad., Ramón Valls Plana, 1ª ed., Madrid: Alianza Editorial, 1999, (2ª reimpresión 2005), que «La primera actitud es el proceder *ingenuo* que sin [tener] aún conciencia de la oposición del pensar dentro de sí y frente a sí, incluye la *creencia* en que, mediante la *reflexión*, *conoce la verdad*, o sea, que ha sido llevado ante la conciencia lo que los objetos son verdaderamente. Con esta fe, el pensamiento se dirige directamente a los objetos, reproduce desde sí mismo el contenido de las sensaciones e intuiciones, [convertido] en contenido del pensamiento, y con él se satisface como [contenido propio] de la verdad. Todas las filosofías noveles, todas las ciencias, e incluso el comportamiento y el esfuerzo cotidianos de la conciencia viven con esta fe», p. 133.

<sup>8</sup> Respecto de la forma como la concepción metafísica en las ciencias naturales pasó a la filosofía, véase F. Engels, *Ludwing Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana*, pp. 641 y s., indicando además: «El viejo método de investigación y de pensamiento que Hegel llama metafísico, «método» que se ocupaba preferentemente de la investigación de *las cosas* como algo hecho y fijo (...)»; también, el mismo, *Del socialismo utópico al socialismo científico*, pp. 426 y s., (igualmente, el mismo, Introducción al *Anti-Dühring*, pp. 6 y s.).

<sup>9</sup> F. Engels, *Del socialismo utópico al socialismo científico*, p. 427; (igualmente, el mismo, Introducción al *Anti-Dühring*, p. 7).

estabilidad relativa de las cosas y hace caso omiso de su desarrollo; destaca los elementos sueltos y pierde de vista el todo del que forma parte»<sup>10</sup>.

Si tomamos una posición contraria a la metafísica, ¿cómo se explica *el movimiento*? Hemos afirmado que el mundo existe, y que además se encuentra en constante desarrollo, movimiento y cambio, pero ¿qué hace que esto sea así?

---

<sup>10</sup> F. V. Konstantinov, *Fundamentos de la filosofía marxista*, 1965, p. 20.

## B. La dialéctica y sus premisas fundamentales

### § 1

#### Del mundo objetivo

Muchos autores plantean como método de estudio el método dialéctico, pero no describen su contenido, reducen el movimiento a un simple movimiento mecánico o la equiparan con la forma dialéctica de obtener conocimientos a través de la discusión, y esto se debe a que la dialéctica en la historia de la filosofía no ha tenido un significado unívoco<sup>11</sup>, el que aquí desarrollamos es *la dialéctica como unidad de contrarios*, la dialéctica hegeliana.

§ 11 (...) «La visión de que la naturaleza del pensar consiste precisamente en la dialéctica, que él en cuanto entendimiento viene a dar en lo negativo de sí mismo, en la contradicción, constituye un aspecto capital de la lógica»<sup>12</sup>.

El mundo se halla en un estado ininterrumpido de cambio y desarrollo<sup>13</sup> (dialéctica), la historia universal es un proceso racional, ha transcurrido racionalmente<sup>14</sup>, pero no basta reconocer tal situación sino, y esto es lo fundamental, *comprender el mecanismo de este movimiento*, que se rige conforme a *leyes generales*. ¿Cuáles son estas?

Las leyes fundamentales de la dialéctica son: 1.- la ley del trueque de la cantidad y cualidad, y viceversa (o del tránsito de los cambios cuantitativos a los cualitativos); 2.- la ley de penetración de los contrarios (o ley de la unidad y la lucha de contrarios); y, 3.- ley de la negación de la negación. Engels<sup>15</sup>, afirma que estas leyes se abstraen de la naturaleza y la historia de la humanidad, en

---

<sup>11</sup> Véase, el *Diccionario de Filosofía* de Nicola Abbagnano, trad., Alfredo N. Galletti. México, D.F.: Fondo de cultura económica, 3ª ed., en español 1998, (2ª reimpresión 2000), donde se distingue a la Dialéctica como método de la división, como lógica de lo probable, como lógica y como síntesis de los opuestos, lo cuales se expresan en distintas etapas de la historia, pp. 315 y ss.; asimismo, *Diccionario de Filosofía* de José Ferrater Mora. 5ª ed., 1984, (T. A/D). Alianza Editorial, pp. 796 y ss. Es significativo señalar que ambos diccionarios, dentro de los posicionamientos referidos a la dialéctica como unidad de opuestos (tesis de Hegel y Marx), estiman que el concepto con el paso del tiempo se ha oscurecido por los propios marxistas (José Ferrater Mora) e incluso desacreditado (Nicola Abbagnano). No obstante, estas últimas consideraciones deben estudiarse tomando en consideración los recientes trabajos como los contenidos en *Lenin Reactivado. Hacia una política de la verdad*. Sebastian Bubgen/Stathis Kouvelakis/Slavoj Žižek (eds.). Madrid: Ediciones Akal S.A., 2010, que precisamente están destinados a esclarecer el método dialéctico y las confusiones dentro del propio marxismo (entre marxistas del oeste y del este). Finalmente, también, sobre los sentidos del concepto de *dialéctica*, véase *Diccionario de Filosofía*. Moscú: Editorial Progreso, 1984, pp. 115 y s.

<sup>12</sup> G. W. F. Hegel, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio*, trad., Ramón Valls Plana, 1ª ed., Madrid: Alianza Editorial, 1999, (2ª reimpresión 2005), p. 113; asimismo, sobre el sistema y método hegeliano, véase, *Historia de la filosofía*, t. II, bajo la redacción general de M. A. Dymnik, M. T. Iovchuk, B. Kedrov, M. B. Mitin y O.V. Trajtenberg, trad., de José Lain y Adolfo Sánchez Vázquez, 2ª ed., México D. F.: Gribaldo, 1965, p. 67 y ss.

<sup>13</sup> Ya desde el mundo griego el filósofo Heráclito de Éfeso señalaba que «todo se mueve» y «todo fluye», y que «[e]l devenir, al que todo se ve obligado, se caracteriza por un continuo pasar de un contrario a otro», véase, Giovanni Reale y Dario Antiseri, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, t.1. (antigüedad y edad media), Barcelona: Editorial Herder, 1988, pp. 42 y s.

<sup>14</sup> G. W. F. Hegel, *Lecciones sobre filosofía de la Historia universal*, 1ª ed., en “Ensayo”, Madrid: Alianza Editorial, 3ª reimpresión 2008, p. 43, p. 55 y en p. 67, señala que «la historia universal es la exposición del espíritu, de cómo el espíritu labora por llegar a *saber lo que es en sí*».

<sup>15</sup> F. Engels, *Dialéctica de la naturaleza*, trad. de Wenceslao Roces. México, D.F.: Editorial Gribaldo, 1961, p. 41.

consecuencia, cada una de ellas refleja un aspecto esencial, una faceta, una forma, un momento del desarrollo objetivo<sup>16</sup>.

Estas leyes fueron desarrolladas por Hegel. «Marx y yo —así dice Engels<sup>17</sup>— fuimos probablemente los únicos en salvar la dialéctica consciente de la filosofía idealista alemana, transplantándola a la concepción materialista de la naturaleza y de la historia. [L]as mismas leyes que, (...) llegan progresivamente a la conciencia del hombre; las leyes desarrolladas por primera vez por Hegel de un modo amplio y general, aunque mistificada; extraerlas de esa forma mística y llevarlas a conciencia claramente, (...) era uno de nuestros objetivos».

En efecto, Hegel en el Prólogo a su *Fenomenológica del espíritu* muestra el movimiento del concepto:

«El espíritu, ciertamente, no permanece nunca quieto, sino que se halla siempre en movimiento incesantemente progresivo. Pero, así como el niño, tras un largo periodo de silenciosa nutrición, el primer aliento rompe bruscamente la gradualidad del proceso puramente acumulativo en un salto cualitativo, y el niño nace, así también el espíritu que se forma va madurando lenta y silenciosamente hacia la nueva figura, va desprendiéndose de una partícula tras otra de la estructura de su mundo anterior y los estremecimientos de este mundo se anuncian solamente por medio de síntomas aislados; la frivolidad y el tedio que se apoderan de lo existente y el vago presentimiento de lo desconocido de los signos premonitorios de que algo otro se avecina. Esto paulatinos desprendimientos, que no alteran la fisonomía de todo, se ven bruscamente interrumpidos por la aurora que de pronto ilumina como un rayo la imagen del mundo nuevo»<sup>18</sup>.

Sin embargo, Marx en el Postfacio a la 2ª edición de *El Capital* se refería sobre la dialéctica: «*Mi método dialéctico no sólo es fundamentalmente distinto al método de Hegel, sino que es, en todo y por todo, la antítesis de él. Para Hegel, el proceso de pensamiento, al que él convierte incluso, bajo el nombre de Idea, en sujeto con vida propia, es el demiurgo de lo real; y lo real constituye únicamente la forma externa en que la idea toma cuerpo. En cambio, para mí lo ideal no es más que lo material transferido y traducido en el cerebro de los hombres*» (...), «[e]l hecho de que la dialéctica sufra en manos de Hegel una mistificación, no obsta para que *este filósofo fuese el primero que supo exponer de modo amplio y consciente sus formas generales de movimiento*. Lo que ocurre es que la dialéctica aparece, en él, invertida, puesta de cabeza. No hay más que darle la vuelta, mejor dicho ponerla de pie, y enseguida se descubre bajo la corteza mística la semilla racional»<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> F. V. Konstantinov, *Fundamentos de la filosofía marxista*, 1965, p. 189.

<sup>17</sup> F. Engels, *Anti-Dühring. La subversión de la ciencia por el señor Eugen Dühring*, pp. XXXIV y XXXV. (Prólogo a la 2ª ed.).

<sup>18</sup> G. W. F. Hegel, *Fenomenología del Espíritu*, (Prólogo), trad., de Wenceslao Roces, México D.F.: Fondo de cultura económica, 1ª ed., en español 1966, (6ª reimpresión de la ed., 1985), p. 12.

<sup>19</sup> C. Marx, *El Capital. Crítica de la economía política*, t. 1., trad., de Wenceslao Roces, México D.F.: Fondo de Cultura económica, 7ª reimpresión 1975 de la 2ª ed., española de 1959, p. XXIII y s. (el subrayado es nuestro); el mismo, *De la crítica de la filosofía del Derecho de Hegel [Crítica del Derecho del Estado de Hegel § 261-313]*, en *Escritos de juventud*, t.1, trad., de Wenceslao Roces. México D. F.: Fondo de cultura económica, 1ª ed., 1982, referente al comentario crítico del § 270 de la *Filosofía del Derecho* de Hegel, Marx demuestra que las instituciones como propiedad privada, moral, familia, sociedad y Estado son demostraciones del *concepto*, o sea, del despliegue dialéctico del concepto o el desarrollo de la lógica, así afirma: «Su verdadero interés no reside en la filosofía del derecho, sino en la lógica. La labor filosófica, aquí [se refiere a la Filosofía del



Por su parte escribía Engels, «La filosofía alemana moderna encontró su remate en el sistema de Hegel, en el que por vez primera —y ése es su gran mérito— se concibe todo el mundo de la naturaleza, de la historia y del espíritu como un proceso, es decir, en constante movimiento, cambio, transformación y desarrollo, intentando además poner de relieve la íntima conexión que preside este proceso de movimiento y desarrollo. Contemplada desde este punto de vista, la historia de la humanidad no aparecía ya como un caos árido de violencias absurdas, igualmente condenables ante el fuero de la razón filosófica hoy ya madura y buenas para ser olvidadas cuanto antes, sino como el proceso de desarrollo de la propia humanidad que al pensamiento incumbía seguir en sus etapas graduales y a través de todos los extravíos, y demostrar la existencia de leyes internas que guían todo aquello que a primera vista pudiera creerse obra del ciego azar.

No importa que el sistema de Hegel no resolviese el problema que se planteaba. Su mérito, que sienta época, consistió en haberlo planteado»<sup>20</sup>.

*El movimiento* en el mundo objetivo es algo que no se puede negar, el filósofo argentino Mario Bunge de esa forma señala: «Todo cuando existe, todo lo real, está en proceso, cambia. Si no cambia, si no está cambiando ahora, ya va a cambiar en algún momento, más aún, esa es la manera en que yo defino el concepto de objeto material (...) Un objeto es material, propongo yo, si y sólo si es cambiante, mudable. (...) X es material, si y sólo si X es mudable»<sup>21</sup>.

Estas leyes no surgieron de la espontaneidad, o como diría Zaffaroni mientras un científico se afeitaba en la mañana y se le ocurrió, sino que son extraídas de la misma naturaleza y de la vida social, son un reflejo de las leyes objetivas que existen independientemente de nuestra conciencia.

---

Derecho], no consiste en que el pensamiento tome cuerpo en determinaciones políticas, sino en que las determinaciones políticas existentes se volatilicen en pensamientos abstractos.», p. 331; también, véase, su *Crítica de la Dialéctica y de la Filosofía hegeliana en general*, escrito integrante del *Tercer manuscrito* de los *Manuscritos económicos-filosóficos de 1844*, en *Escritos de juventud*, t.1, trad., de Wenceslao Roces. México D. F.: Fondo de cultura económica, 1ª ed., 1982, p. 657; véase, también, Johannes Hirschberger, *Historia de la filosofía*, t. II, trad., de Luis Martínez Gómez, 2ª ed., Barcelona: Editorial Herder, 1967, sobre “el hegeliano al revés”, p. 307.

<sup>20</sup> F. Engels, *Del socialismo utópico al socialismo científico*, p. 429; (igualmente, el mismo, Introducción al *Anti-Dühring*, pp. 9 y s.).

Por otra parte, V. I Lenin, en su artículo “*Federico Engels*” destaca la influencia de Hegel en Marx y Engels: «La fe de Hegel en la razón humana y en los derechos de esta, y la tesis fundamental de la filosofía hegeliana, según la cual existe en el mundo un constante proceso de cambio y desarrollo, condujeron a los discípulos del filósofo berlinés que no querían aceptar la realidad, a la idea de que la lucha contra esa realidad, la lucha contra la injusticia existente y el mal reinante procede también de la ley universal del desarrollo perpetuo. Si todo se desarrolla, si ciertas instituciones son reemplazadas por otras, ¿por qué, entonces, debe perdurar eternamente el absolutismo del rey prusiano o del zar ruso, el enriquecimiento de una ínfima minoría a expensas de la inmensa mayoría, el dominio de la burguesía sobre el pueblo? La filosofía de Hegel hablaba del desarrollo del espíritu y de las ideas: era idealista. Del desarrollo del espíritu deducía el de la naturaleza, el del hombre y el de las relaciones entre los hombres en la sociedad. Marx y Engels conservaron la idea de Hegel sobre el perpetuo proceso de desarrollo, y rechazaron su preconcebida concepción idealista; el estudio de la vida real les mostró que el desarrollo del espíritu no explica el de la naturaleza, sino que por el contrario conviene explicar el espíritu a partir de la naturaleza, de la materia (...). Contrariamente a Hegel y otros hegelianos, Marx y Engels eran materialistas. Enfocaron el mundo y la humanidad desde el punto de vista materialista, y comprobaron que, así como todos los fenómenos de la naturaleza tienen causas materiales (...)), en Marx y Engels, *Obras escogidas*, Moscú: Editorial Progreso, [s.a.], pp. 12 y s.

<sup>21</sup> M. Bunge, *Vigencia de la Filosofía* (Lecciones impartidas en la Univ. Inca Garcilazo de la Vega en 1997), Lima: Univ. Inca Garcilazo de la Vega, 1997, pp. 118 y s.

## 1.- El tránsito de los cambios cuantitativos a los cualitativos

En el mundo, *los objetos* son distintos los unos de los otros, tienen por ello una especificidad o particularidad; esto es su *determinación*, [en el mismo sentido que Hegel, solo que en este la *determinación* se halla en la idea como determinación *universal*<sup>22</sup>, que luego se exterioriza como realidad efectiva]. Esta determinación constituye su *cualidad* y todos los fenómenos la presentan, lo cual es, precisamente, lo que hace de ellos lo que *son*. Ahora bien, esta determinación es una determinación inherente a la naturaleza interna del objeto, esto significa que al cambiar la cualidad, cambia el objeto mismo. La cualidad, pues, «expresa la relativa estabilidad o constancia del objeto. Este es lo que *es* en virtud de la cualidad. (...) [L]a *cualidad es la determinación vinculada indisolublemente a los objetos mismos, el conjunto de todos los rasgos existentes, de todos los caracteres que dan al objeto una relativa estabilidad y que lo distinguen de otros objetos*»<sup>23</sup>.

Pero la cualidad se halla vinculada a la *cantidad*<sup>24</sup>, esta es igualmente una determinación del objeto. En relación con la cualidad, el objeto puede aumentar o disminuir su cantidad, es decir, sus *propiedades*, sin que el objeto pierda su cualidad, dicho de otro modo, el objeto o fenómeno aunque cambie cuantitativamente sigue siendo, hasta cierto punto, el mismo. Sin embargo, al seguir cambiando la cantidad, la cualidad puede verse afectada, pues ambos se hallan internamente relacionados hasta el punto que el objeto deja de ser lo que es, en otras palabras, pierde su cualidad y adquiere otra.

Ambas determinaciones son dependientes, la cantidad siempre está referida a una cualidad, y esta, a su vez, es determinada por aquella. La relación de ambos se refleja en el concepto de *medida* [*quantum* cualitativo<sup>25</sup>], haciendo al objeto una unidad, como síntesis de cualidad y cantidad y, por tanto, limita su existencia. Al rebasar la medida, por el aumento o disminución de la cantidad, la cualidad desaparece para pasar a *ser otro*. Esta *nueva* cualidad, a su vez relaciona una *nueva* cantidad, la que determina la *nueva* medida.

Ahora bien, los cambios cuantitativos son *cambios graduales* del desarrollo –tal como menciona Hegel la “maduración lenta y silenciosa”–, no crean una nueva cualidad, solo se limitan a preparar o crear las premisas para el *cambio cualitativo*. Por otro lado, este último es un *cambio esencial* que opera en el objeto o fenómeno, (el *salto* es la forma que adoptan los cambios radicales del objeto, el tránsito de una cualidad a otra). «Pese a toda paulatinidad, la transición de una forma de movimiento a otra es siempre un salto»<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> G. W. F. Hegel, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio*, p. 125 y p. 195; el mismo, *Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del Estado*, trad., Eduardo Ramos, Madrid: Biblioteca Nueva, 2000, § 32: «Las determinaciones en el desarrollo del concepto son, por una parte, conceptos; por otra parte, ya que el concepto es esencialmente como idea, ellas son la forma de la existencia empírica y la serie de los conceptos que se dan es por ello a la vez una serie de *figuras*», p. 110.

<sup>23</sup> F. V. Konstantinov, *Fundamentos de la filosofía marxista*, 1965, pp. 226 y s.

<sup>24</sup> F. V. Konstantinov, *op. cit.*, 1965, «[L]a *cantidad es el aspecto de los objetos, fenómenos y procesos que caracteriza el grado, el volumen, la intensidad de su desarrollo; se expresa matemáticamente y su particularidad estriba en que su cambio, al alcanzar cierto límite influye sobre la cualidad de los objetos*», p. 228.

<sup>25</sup> G. W. F., Hegel, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio*, p. 206.

<sup>26</sup> F. Engels. *Anti-Dühring*, Cap. VII Filosofía de la Naturaleza. El mundo orgánico., p. 54.

Engels llama a esto «la *línea nodal hegeliana de las relaciones cuantitativas*, en la que aumentos o disminuciones meramente cuantitativos provocan en determinados puntos nodales un salto cualitativo (...)»<sup>27</sup>.

Marx en *El Capital* constata esta ley hegeliana, al abordar la cuestión de la transformación de una determinada suma dineraria que se transforma en capital, pues no toda suma dineraria es capital. «El poseedor de dinero o de mercancías sólo se convierte en verdadero capitalista allí donde la suma mínima desembolsada en la producción rebasa con mucho la tasa máxima medieval<sup>28</sup>. Aquí, como en las ciencias naturales, se confirma la exactitud de aquella ley descubierta por Hegel en su *Lógica*, según la cual, al llegar a un cierto punto, los cambios puramente *cuantitativos* se truecan en diferencias *cualitativas*»<sup>29</sup>.

Lo descrito expresado en forma de premisa lo describe Konstantinov: “*La ley el tránsito de los cambios cuantitativos a los cualitativos es la ley por virtud de la cual lo pequeños e imperceptibles cambios cuantitativos, acumulándose gradualmente, rebasan al llegar a cierta fase la medida del objeto y provocan radicales cambios cualitativos, a consecuencia de lo cual cambian los objetos, desaparece la vieja cualidad y surge otra nueva*”<sup>30</sup>.

## 2. La unidad y la lucha de contrarios

Al inicio de la tesis se sostuvo como principio metodológico II que el mundo objetivo se halla en constante movimiento, ¿qué lo explica? El desarrollo de esta tesis se encuentra en Hegel, explicado idealmente en su *Enciclopedia de la Ciencias filosóficas en compendio*<sup>31</sup>.

§ 86 «El *puro ser* constituye el comienzo porque es tanto pensamiento puro como lo inmediato simple e indeterminado, y el primer comienzo no puede ser nada mediato ni más determinado». § 87 «Ahora bien, este ser puro es la *pura abstracción* y por tanto lo absolutamente negativo que, tomado igualmente de manera inmediata, es la *nada*». § 88 «La *nada* en cuanto es esto inmediato, igual a sí mismo, es también inversamente *lo mismo* que el ser. La verdad del ser, así como la de la nada, es, por consiguiente, la *unidad* de ambos; esta unidad es *devenir*»

En los párrafos indicados Hegel parte del concepto del *ser*, que es el concepto solamente en sí, en el que *todo* participa del *ser*. Al ser todo, es decir, lo absolutamente indeterminado, es a la vez *nada*; su opuesto. Por lo tanto, al referirnos al *ser*, surge inmediatamente su contrario, *la nada*. Y la *nada*, al ser

<sup>27</sup> F. Engels, *Anti-Dühring*, Cap. IV Esquematismo universal., p. 32.

<sup>28</sup> En el contexto donde surge el capital, es decir, finalizando el medioevo, Marx explica que se impuso una tasa máxima reducida al número de obreros que el maestro podía disponer, tal circunstancia impedía que se convirtiera en capitalista, esto es que se apropiara del trabajo excedente de sus obreros, a los cuales dirige.

<sup>29</sup> C. Marx, *El Capital. Crítica de la economía política*, t. 1., trad., de Wenceslao Roces, México D.F.: Fondo de Cultura económica, 7ª reimpresión 1975 de la 2ª ed., española de 1959, (Capítulo IX Cuota y Masa de Plusvalía), p. 247; esto también lo pone en relevancia F. Engels en el *Anti-Dühring*, Cap. XII Dialéctica. Cantidad y cualidad., p. 116.

<sup>30</sup> F. V. Konstantinov, *Fundamentos de la filosofía marxista*, 1965, p. 231.

<sup>31</sup> G. W. F. Hegel, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio*, pp. 188 y ss.; véase, también, Johannes Hirschberger, *Historia de la filosofía*, t. II, 1967, sobre la dialéctica de la idea, pp. 259 y ss.; Manuel García Lorente, *Lecciones preliminares de filosofía*, 9ª ed. (1ª ed. en la colección “Sepan cuantos...”, 1971), México D. F.: Editorial Porrúa, S.A., 1980, (Hegel y la razón absoluta), la razón es concebida como movimiento, pp. 246 y s.

igual que el *ser*, es también indeterminado, siendo ambos opuestos absolutos; ahora bien, esta oposición fundamenta su *unidad*, uno no existe sin el otro.

§ 89 «El ser en el devenir, en cuanto uno con la nada, así como la nada, en cuanto una con el ser, son solamente desapareciendo; el devenir coincide, por su contradicción interna, con la unidad en la cual ambos están superados; su *resultado* es, por consiguiente, el existir».

La contradicción, es decir, la tensión entre los momentos lógicamente distintos del proceso da inicio al movimiento dialéctico: *el devenir*, el movimiento lógico puro.

Como queda dicho, se pone de manifiesto la fuente del desarrollo. Visto desde Hegel, idealista como es, el movimiento es del concepto, empieza allí, pero invertido esto, se advierte el gran significado de que todas las cosas y fenómenos del mundo objetivo llevan dentro de sí contradicciones *internas*, que cada objeto es una unidad de contrarios, y es lo que, precisamente, constituye la fuerza motriz de su desarrollo.

Detenidamente, se observa, que cada fenómeno es una «unidad de contrarios u opuestos», uno no puede existir sin el otro, concurre una mutua dependencia, condicionamiento e interconexión entre opuestos. Dicho de otro modo, cada lado de la contradicción presupone la existencia de su contrario, y ambos aspectos coexisten en un todo único, como lo expuso Hegel, el *ser* y *nada* son una *unidad*.

Ahora bien, dentro de la contradicción dialéctica, existe otro aspecto, el más importante, esto es, la «negación o exclusión recíproca», y lo es porque la unidad es una unidad de contrarios, este último aspecto constituye la fuente del desarrollo. Si no existiera la pugna o lucha entre los opuestos, no se produciría el *devenir* hegeliano, y su resultado el *existir*<sup>32</sup>. Esto pone de manifiesto que las contradicciones de los fenómenos en algún momento tienen que «resolverse», dicho de otro modo, deben *superarse*, tal superación muestra que la unidad de los contrarios no se puede sostener más; este momento reviste una importancia excepcional en el desarrollo del fenómeno, pues implica su *transformación cualitativa*.

La unidad o identidad y la pugna entre los contrarios constituyen la esencia de todas las cosas del mundo objetivo y del pensamiento del hombre, lo cual explica su movimiento, así pues, la mutua dependencia y exclusión constituye el rasgo fundamental de la contradicción interna.

Lenin, quien estudió a profundidad a Hegel, escribió sobre la dialéctica lo siguiente: «El desdoblamiento de la unidad y el conocimiento de sus partes contradictorias es la esencia de la dialéctica. (...) La condición para conocer todos los procesos del mundo en su “automovimiento”, en su desarrollo espontáneo, en su vida real, es conocerlos como unidad de contrarios. (...) Empezando por una *oración* cualquiera, de las más sencillas, corrientes, más usuales, etc.: “las hojas del árbol están verdes”; “Iván es un hombre”; “Zhuchka es un perro”, etc. Aquí (como lo señalaba genialmente Hegel) hay ya *dialéctica*: lo particular es *lo general* (...), pues, naturalmente no es posible imaginarse que exista una casa abstracta (en general) además de las casas particulares. Por consiguiente, los

---

<sup>32</sup> § 90 «ó) El existir es ser con una *determinidad*, la cual es, en cuanto inmediata o como determinidad que-está-siendo, *la cualidad*», G. W. F. Hegel, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio*, p. 195.

contrarios (lo particular es contrario a lo general) son idénticos: lo particular no existe más que en la relación que lleva a lo general. Lo general existe únicamente en lo particular, mediante de particular. Todo lo particular es (de un modo u otro) general. Todo lo general es (partícula, o aspecto, o esencia) de lo particular»<sup>33</sup>.

Por lo tanto, hasta aquí podemos advertir que, la *unidad* de los contrarios posee un carácter condicional, temporal, transitorio o relativo, lo cual significa que el objeto tiene un principio y un fin. La *pugna* de contrarios –mutuamente excluyentes– es absoluta, como es absoluto el desarrollo y el movimiento, de lo contrario cesaría el desarrollo mismo. La constancia de todo fenómeno es relativa, mientras que el cambio cualitativo, de lo que *es* a su *no ser*, es absoluto.

*La ley de la unidad y la lucha de contrarios es la ley conforme a la cual todas las cosas, todos los fenómenos y procesos, que poseen internamente lados y tendencias opuestas, luchan entre sí, la lucha de contrarios da un impulso interior al desarrollo y conduce a una agudización de las contradicciones que, al llegar a cierta fase, se resuelven mediante la extinción de lo viejo y el nacimiento de lo nuevo*<sup>34</sup>.

Lo que Hegel revela en la Doctrina del *ser* es que el movimiento es «automovimiento», el ser, el concepto en sí, lleva implícito la causa y fuente de su *devenir*. Puesto de pie lo indicado por Hegel, significa que el mundo objetivo, la naturaleza, la vida social y el *fenómeno penal*, explican su movimiento por sí mismos.

En tanto los fenómenos *complejos* del mundo –y el *fenómeno penal* no escapa a ello– llevan internamente diversas contradicciones, estas pueden ser *fundamentales* y *secundarias*. Las primeras son las que determinan a las contradicciones secundarias, no obstante, bajos los distintos momentos del desarrollo del fenómeno las secundarias pasarán a ser las principales. Por otra parte, siguiendo una línea dialéctica, es decir, de comprender las cosas en sus mutuas relaciones e interacciones, no dejamos de lado las contradicciones externas del objeto con otros objetos o fenómenos. Así ocurrirá con el sistema penal.

### 3. La negación de la negación: [Tesis, antítesis y síntesis]

§ 81 «β) El momento dialéctico es el propio superar de tales determinaciones finitas y pasar a sus opuestas» (...) «Por ello, lo dialéctico constituye el alma móvil del proceder científico hacia adelante y es el único principio que confiere *conexión inmanente y necesidad* al contenido de la ciencia, del mismo modo que en él reside en general la verdadera y no extrínseca elevación sobre lo finito»<sup>35</sup>.

Hegel concibe todo el mundo de la naturaleza, de la historia y del espíritu como un *proceso*; la historia de la humanidad no aparece como obra del ciego azar; así

<sup>33</sup> V. I. Lenin, *En torno a la dialéctica* (En torno a la cuestión de la dialéctica), Moscú: Editorial Progreso, 1973, <http://www.marxists.org/espanol/lenin/obras/oe12/lenin-obrasescogidas04-12.pdf>; asimismo, sobre la necesidad de comprender a Lenin en los tiempos presentes, así como la dialéctica hegeliana, véase, *Lenin Reactivado. Hacia una política de la verdad*. Sebastian Bubgen/Stathis Kouvelakis/Slavoj Žižek (eds.). Madrid: Ediciones Akal S.A., 2010, especialmente, el artículo “*Lenin como lector de Hegel*. Hipótesis para una lectura de los Cuadernos de Lenin sobre la *Ciencia de la Lógica*”, por Stathis Kouvelakis, pp. 159 y ss.; “*Lenin y el camino de la dialéctica*” por Savas Michael-Matsas, pp. 101 y ss.

<sup>34</sup> F. V. Konstantinov, *Fundamentos de la filosofía marxista*, 1965, p. 253.

<sup>35</sup> G. W. F. Hegel, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio*, pp. 183 y s.

lo expresa también Peter Singer<sup>36</sup>, en el diálogo sostenido con Bryan Magee: «Observé –haciendo referencia a Hegel– que había un desarrollo en el modo que se sucedía la historia –que siempre se movía hacia adelante. Era siempre un proceso, nunca una realidad estática», y añade: «[L]a historia no es un capítulo de accidentes. No es cuento contado por un idiota»<sup>37</sup>. En efecto, este proceso se da por el “*cambio dialéctico*”, lo cual es explicado por Magee: «[L]a idea es que la razón por la que los seres humanos están inmersos en un proceso de cambio perpetuo es que toda situación compleja contiene necesariamente elementos que entran en conflicto; y éstos son por naturaleza desestabilizadores, de manera que la situación no puede continuar indefinidamente. Se desmorona ante la tensión de estos conflictos internos y da lugar a una nueva situación dentro de la cual se resuelve esos conflictos, o al menos se relajan. Pero, por su supuesto, la nueva situación abriga nuevas contradicciones, y así indefinidamente (...). De este modo, el concepto de dialéctica se nos plantea como la clave del proceso histórico, la explicación subyacente de por qué todo sigue cambiando. Y nos dice qué forma invariable adopta el cambio: la tesis, seguida de la antítesis, seguida de la síntesis, que a su vez se convierte en una nueva tesis (...).» Ahora este proceso no tiene una dirección indeterminada, sino que, afirma Singer, «[e]l punto final del proceso dialéctico es que la Mente<sup>38</sup> llegue a conocerse a sí misma como realidad definitiva, y de este modo llegue a concebir todo lo que había considerado ajeno y hostil a sí misma como factor de sí misma. Hegel lo llama Conocimiento Absoluto, (...) cuando por primera vez la Mente comprende que es la única realidad definitiva. (...) cuando la propia mente de Hegel en su pensamiento filosófico capte la idea de que la Mente es todo lo que es real. (...) [L]a filosofía de Hegel es la culminación misma de todo el proceso»<sup>39</sup>.

A modo de ejemplo, Marx en *El Capital* advirtió que el proceso de apropiación se desenvuelve a través de una ley dialéctica: «El sistema de apropiación capitalista que brota del régimen capitalista de producción, y por tanto, la *propiedad privada capitalista*, es la primera negación de la *propiedad privada individual*, basada en el *propio trabajo*. Pero la producción capitalista engendra (...) su primera negación. Es la *negación de la negación*. Esta no restaura la propiedad privada ya destruida, sino una *propiedad individual* que recoge los progresos de la era capitalista: una propiedad individual basada en la cooperación y en la *posesión colectiva de la tierra y de los medios de producción producidos por el propio trabajo*.

La transformación de la propiedad privada dispersa y basada en el trabajo personal del individuo *en* propiedad privada *capitalista* fue, (...) un proceso muchísimo más lento, (...), que será la transformación de la propiedad capitalista (...), *en* propiedad *social*»<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Bryan Magee, *Los grandes filósofos*, Madrid: Editorial Cátedra, S.A., 1995, (Diálogo entre Peter Singer y Bryan Magee), p. 207.

<sup>37</sup> Bryan Magee, *Los grandes filósofos*, 1995, (Diálogo entre Peter Singer y Bryan Magee), pp. 209 y ss.

<sup>38</sup> Traducción del vocablo “Geist”.

<sup>39</sup> Bryan Magee, *Los grandes filósofos*, 1995, (Diálogo entre Peter Singer y Bryan Magee), p. 213.

<sup>40</sup> C. Marx, *El Capital. Crítica de la economía política*, t. 1., trad., de Wenceslao Roces, México D.F.: Fondo de Cultura económica, 7ª reimpresión 1975 de la 2ª ed., española de 1959, (Capítulo XXIV La llamada acumulación originaria 7. Tendencia histórica de la acumulación capitalista), p. 649. [negrita es nuestro].

Por otra parte, Engels lo describe «en [las] matemáticas. Tomemos una magnitud algebraica cualquiera,  $a$ . Negándola tenemos  $-a$  (menos  $a$ ). Negando esta negación, multiplicando  $-a$  por  $-a$ , tenemos  $+a^2$ , es decir, la magnitud positiva inicial, pero a un nivel más alto, a saber, la segunda potencia»<sup>41</sup>.

En el tránsito de los cambios cuantitativos a los cualitativos del objeto y en la de la unidad y la lucha de contrarios se observa que *la negación* desempeña un papel sustancial. La nueva cualidad y la superación de la contradicción llevan implícita la negación: por un lado, el aumento de la cantidad niega la vieja cualidad y hace surgir la nueva cualidad, por otra parte, el *ser* afirma, la *nada* niega (contrarios), surge el devenir, y así, el *existir*. Por consiguiente, la negación se encuentra presente en el desarrollo mismo.

No obstante, lo indicado precisa de una acotación de Engels, «En dialéctica, negar no simplemente significa decir no, o declarar inexistente una cosa, o destruirla de cualquier modo (...) [a]demás la naturaleza de la negación dialéctica está determinada por la naturaleza general, primero, y especial, después, del proceso. No sólo tengo que negar, sino que tengo que superar luego la negación. Tengo, pues, que establecer la primera negación de tal modo que la segunda siga siendo posible o se haga posible (...). Si muelo un grano de cebada o aplasto un insecto, he realizado ciertamente el primer acto, pero he hecho imposible el segundo»<sup>42</sup>. Por lo tanto, «al ser una ley del desarrollo, la negación no se refiere a una negación cualquiera, sino a la que sirve de premisa, de condición del desarrollo (...). [L]a negación concebida dialécticamente, es un “no” que encierra al mismo tiempo un “sí”, es decir, es la unidad de la negación y la afirmación»<sup>43</sup>.

Al no ser la *negación* o *primera negación* sólo destrucción *se conserva o recoge lo positivo de lo negado* –de lo cual se parte–, pero a su vez ambos son su oposición completa (son opuestos). La tensión entre los opuestos sienta la base para superarlos, para pasar a la *negación de la negación* o *segunda negación*, puesto que se precisa que ambas formas *unilaterales* sean superadas. Es el caso cuando en una discusión alguien plantea una teoría para explicar tal o cual fenómeno, pero un segundo sienta una segunda tesis, que niega la primera, pero se descubre que *ambas* presentan afirmaciones verdaderas pero insuficientes, es decir, ambas poseen una unilateralidad, no obstante, una tercera tesis, al terminar con la discusión se vale de lo verdadero unilateral que tenían las anteriores tesis y las supera. De esta forma, la *negación de la negación* es la síntesis de los opuestos, su solución. Además, debe resaltarse que la *segunda negación* restablece también los elementos positivos *de lo que fue negado en un inicio*, esto es así, pues como afirmamos que la *primera negación* o *lo que niega* conservaba lo positivo de *lo negado* (como su opuesto), entonces, al efectuar la negación de lo que niega con lo positivo de lo negado se restauran aspectos de la fase inicial. La negación de la negación es una síntesis, un nivel más elevado. Contemporáneamente, así lo sostiene el renombrado filósofo Slavoj Žižek, «la “negación de la negación”: no [es] una especie de “invalidación” de la negatividad, sino la experiencia del hecho de que *la negatividad en cuanto tal tiene un función positiva*, permite nuestra congruencia positiva y la estructura. En la negación simple, está todavía la identidad positiva previa que se niega, el

---

<sup>41</sup> F. Engels, *Anti-Dühring*, p. 127.

<sup>42</sup> F. Engels, *Anti-Dühring*, Cap. XIII Dialéctica. Negación de la negación., pp. 131 y s.

<sup>43</sup> F. V. Konstantinov, *Fundamentos de la filosofía marxista*, 1965, p. 276.

movimiento de la negatividad se concibe todavía como la limitación de alguna positividad previa; en tanto que, en la “negación de la negación”, la negatividad es en cierta manera *previa a lo que se niega*, es un movimiento negativo que abre el lugar en el que se puede situar cualquier identidad positiva»<sup>44</sup>.

Por otra parte, Marx en su *Crítica de la Dialéctica y de la Filosofía hegeliana en general*<sup>45</sup>, pese a resaltar el movimiento dialéctico (momentos del movimiento) que se advierte en la *Enciclopedia de la Ciencias filosóficas, Filosofía del Derecho* y en la *Fenomenología del espíritu* sostiene el carácter conservador de la “negación de la negación”, pues con ella se regresa a la fase inicial, en el caso de Hegel, a la conservación de todo; mientras que en Marx se convierte en motor del desarrollo, a una fase superior.

La ley en estudio expresa el desarrollo progresivo, o sea el devenir, que va de lo simple a lo complejo y de lo inferior a lo superior; se aprecia un desarrollo *helicoidal*, ya que el punto final coincide con el inicial, pero en un nivel superior, como en el ejemplo de las matemáticas de Engels. Asimismo, la triada de tesis, antítesis y síntesis, no puede verse como puro *formalismo*, sino que debe orientar el desarrollo de cada proceso particular en todo su contenido, quizás por eso Slavoj Žižek la llame “malfamada”.

*«La ley de la negación de la negación es la ley cuya acción determina el nexo, la continuidad entre lo negado y lo que se niega. En virtud de ella, la negación dialéctica no es una negación pura, gratuita, que rechaza todo el desenvolvimiento anterior, sino la condición misma del desarrollo que mantiene y conserva todo lo positivo de las fases anteriores, que reproduce a un nivel superior algunos rasgos de las fases iniciales y, por último, que tiene en conjunto un carácter progresivo»*<sup>46</sup>.

Resumen:

Estas leyes que Hegel desarrolló como movimiento de la Idea y que Marx las advirtió en el mundo objetivo, son resultado, en el caso de este último, del estudio de los *casos particulares*.

---

<sup>44</sup> S. Žižek, *El sublime objeto de la ideología*, trad., Isabel Vericat Núñez, 1ª ed., argentina, Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2003, p. 230.

<sup>45</sup> C. Marx, *Crítica de la Dialéctica y de la Filosofía hegeliana en general*, escrito integrante del Tercer manuscrito de los Manuscritos económicos-filosóficos de 1844, en *Escritos de juventud*. t. 1, trad., de Wenceslao Roces. México D. F.: Fondo de cultura económica, 1ª ed., 1982, p. 657.

<sup>46</sup> F. V. Konstantinov, *Fundamentos de la filosofía marxista*, 1965, p. 287.



## § 2

### Teoría dialéctica del conocimiento o Teoría del reflejo

#### *“The proof of the pudding is in the eating”*

El desarrollo de nuestro tercer principio metodológico, que las *formas de pensamiento* constituyen *un reflejo* de la realidad, en concordancia con lo explicado, significa que dichas leyes se reproducen en la conciencia del hombre, por tanto, no es una reproducción estática, sino una reproducción en movimiento; de esta forma, al derivar *el contenido* de nuestro conocimiento de la realidad objetiva que está en constante cambio, entonces, dicho conocimiento lo es así también<sup>47</sup>. *Las formas del pensamiento son tan dialécticas como los fenómenos del mundo*. En consecuencia, de lo descrito se desprende que todo estudio científico empieza en la realidad objetiva, es decir, del estudio de los casos particulares, siguiéndole la sistematización de ideas, y finalmente, el retorno a ella (la realidad). Para comprobar la veracidad del conocimiento: *la práctica* es fundamental; y la práctica en el fenómeno penal se da por intermedio de *la resolución de las causas penales*, del juzgamiento de seres humanos con nombre y apellido.

No obstante, el conocimiento puede tener una independencia *relativa* respecto de la práctica (el contacto con la realidad), así es posible construir sistemas y teorías, con las cuales, se le puede adelantar. El peligro de esto está en que se produzca una separación entre la teoría y la actividad práctica; y esto es lo que ocurre a mi parecer con el Sistema del Derecho penal funcional. En efecto, la separación de los conceptos de su base material acarrearía como consecuencia que el conjunto de conocimientos se encierre en sí mismo, sin salida a la actividad práctica del hombre, de esa forma, *el saber perdería la conexión con su objeto*, y por ello, verse privado de su función principal, enriquecer al saber de conocimientos nuevos. Es por ello, que me propongo con la tesis resaltar *la necesidad de analizar el caso concreto a efectos de atribuir responsabilidad penal, y esto significa para nosotros el análisis de las capacidades individuales del autor*. ¡El sistema penal conceptual es una guía, y no un esquema inmutable que hay que seguir!

Las formas del pensamiento no son fotografías de la realidad, algo estático representadas en imágenes inmóviles, sino son como un video, registran movimiento y desarrollo. De esta manera, se llega a la conclusión de Engels, y que ya se indicó líneas arriba, que la dialéctica es la ciencia de las leyes más generales del movimiento, *tanto del pensamiento y de la realidad objetiva*.

El proceso de conocimiento, es decir, la forma como conocemos *es* dialéctica. Este empieza captando la realidad objetiva. A través de la experiencia (sensaciones) se capta el aspecto externo de las cosas. En esta *primera etapa* nuestra mente solo refleja imágenes simples de aquellas (el aspecto externo). Ahora bien, en la medida que continúa la observación y experimentación, se produce en el pensamiento un cambio (un salto) en el proceso de conocimiento y surgen *los conceptos o formas del pensamiento*. Las simples imágenes mentales

---

<sup>47</sup> Véase, P. V. Kopnin, “*Lógica dialéctica*”, trad., de Lydia Huper de Velasco, México D. F.: Gribaldo, 1966, donde se expone el desarrollo que hace V. I. Lenin de la dialéctica marxista sobre la dialéctica hegeliana, llegando a la identidad de la dialéctica, la lógica y la teoría del conocimiento, pp. 23 y ss.

del fenómeno dejan de ser tales y se transforman *cualitativamente*. Los conceptos no son ya, pues, simples imágenes de las apariencias de las cosas, sino que captan las cosas en su esencia y en sus conexiones internas. En consecuencia, entre las simples imágenes de las cosas y los conceptos existe una diferencia no solo cuantitativa, sino también cualitativa (esta es la *segunda etapa* del conocimiento), llegándose a comprender las contradicciones internas. Se advierte, por lo tanto, que el conocimiento va de lo inferior a lo superior.

Pero ¡el proceso de conocimiento no acaba aquí! Todos los conceptos se hallan en constante revisión, pues *han de retornar a la realidad de donde partieron*. Esto no es otra cosa que la continuación del proceso global del conocimiento. ¿Cuál es la finalidad? La finalidad es saber si una teoría corresponde a la verdad objetiva y esto se logra únicamente con la práctica. Como ya se mencionó, en el Derecho es la *práctica judicial*. *La práctica es la crítica a los sistemas teóricos*.

Marx resaltó el papel de la práctica en la *tesis 2 sobre Feuerbach*:

«El problema de si al pensamiento humano se le puede atribuir una verdad objetiva, no es un problema teórico, sino un problema *práctico*, es en la práctica donde el hombre tiene que demostrar la verdad, es decir, la realidad y el poderío, la terrenalidad de su pensamiento (...)»<sup>48</sup>.

Todos los sistemas conceptuales o teorías buscan ser corroborados con la práctica. De esa forma, si alcanzan sus objetivos, es decir, si prestan una contribución positiva a la ciencia, se puede considerar consumado *relativamente* el movimiento del conocimiento en cada proceso específico o campo del saber. Lo descrito se puede constatar en el proceso de conocimiento de los niños, cuando éramos tales nos representábamos imágenes del mundo que posteriormente bajo una análisis más detallado las modificamos y, luego, comprendíamos cabalmente la naturaleza de la cosa u objeto que estudiábamos. Esto en psicología se denomina «*acomodamiento*», y no es nada complejo; *la práctica*, tan sencilla como parece, presta una contribución fundamental a la comprensión de la dialéctica. Sin embargo, y esto cae por su propio peso, cuando las teorías no se corresponden a la realidad *por la prueba de ellas*, sobre la base del criterio de la práctica, dicho de otro modo, son parcial o totalmente erradas, empieza de nuevo el proceso de conocimiento hasta corregir los errores.

Ahora cabe indicar algo más importante, ¡*el proceso del conocimiento humano nunca está consumado!*, es decir, el movimiento no se agota. Tal como hemos manifestado, todo el mundo se halla en constante desarrollo por sus contradicciones internas, de igual manera, el conocimiento, así como todos los sistemas teóricos también tienen que avanzar y desarrollarse. Las teorías se hallan en constante revisión por el mundo objetivo cambiante, aquellas son *relativas*.

Al desarrollarse la percepción de lo singular a lo general, el conocimiento no pierde en esta nueva fase superior a lo adquirido precedentemente, sino que lo conserva y lo enriquece –recoge lo positivo de lo anterior, no es una eliminación o simple negación–, elevándolo a un nivel de mayor desarrollo. El conocimiento de lo general entraña un conocimiento de lo singular, pero ya “superado”.

---

<sup>48</sup> C. Marx, “*Tesis sobre Feuerbach*”, en Marx y Engels, *Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso, [s.a.], (Segunda Tesis), p. 24.

Lenin en su *Materialismo y empiriocriticismo*, texto en el cual da explicación dialéctica a los nuevos descubrimientos científicos, afirma:

«(3) En la teoría del conocimiento, como en todos los otros dominios de la ciencia, hay que razonar con dialéctica, o sea, no suponer jamás que nuestro conocimiento es acabado e inmutable, sino indagar de qué manera el *conocimiento* nace de la *ignorancia*, de qué manera el conocimiento incompleto e inexacto llega a ser más completo y más exacto»<sup>49</sup>. Y en otra parte manifiesta: «La dialéctica –como ya explicaba Hegel– *comprende* el elemento del relativismo, de la negación, del escepticismo, pero no se reduce al relativismo»<sup>50</sup>. La dialéctica materialista de Marx y Engels comprende ciertamente el relativismo pero no se reduce a él, es decir, reconoce la relatividad de todos nuestros conocimientos, no en el sentido de la negación de la verdad objetiva, sino en el sentido del condicionamiento histórico de los límites de la aproximación de nuestros conocimientos a la verdad»<sup>51</sup>.

Concluimos así con Engels:

«[E]l pensamiento humano es tan soberano cuanto no soberano, y su capacidad de conocimiento es tan ilimitada como limitada. Soberano e ilimitado según la disposición, la inspiración, la posibilidad, el objetivo histórico final; no soberano, limitado, según la realización individual y la realidad de cada momento»<sup>52</sup>.

Resumen:

- 1.- Las leyes antes descritas son derivadas de los fenómenos concretos, pues la dialéctica es precisamente análisis concreto y luego generalización.
- 2.- En el conocimiento se reproduce la dialéctica como lógica dialéctica.

Reconocer que el mundo *existe* independientemente de nuestra conciencia y que a la vez se mueve y desarrolla, resulta en un principio, una idea muy obvia, hasta podría ser vista como trivial, no obstante, luego de reconocer *conscientemente* tal situación y extraerle toda la capacidad científica se llega a resultados impresionantes para todas las ciencias en general; lo cual creo lograré al aplicar y exponer *el Sistema Penal como un fenómeno único bajo una sola esencia*.

---

<sup>49</sup> V. I. Lenin, *Materialismo y empiriocriticismo*, Moscú: Editorial Progreso, 2ª ed., 1920, p. 102.

<sup>50</sup> El relativismo, como base de la teoría del conocimiento, es no sólo admitir la relatividad de nuestros conocimientos, sino también negar toda medida o modelo objetivo, existente independientemente del hombre, medida o modelo al que se acerca nuestro conocimiento relativo, véase V.I. Lenin, *Materialismo y Empiriocriticismo*, Moscú: Editorial Progreso, 2ª ed., 1920., p. 138.

<sup>51</sup> V. I. Lenin, *Materialismo y Empiriocriticismo*, 1920., p. 138; también puede verse esto en pp. 157 y ss., en esta parte haciendo referencia a Feuerbach.

<sup>52</sup> F. Engels, *Anti-Dühring*, Cap. IX Moral y Derecho. Verdades eternas., p. 76.

### § 3

#### De la crítica del Derecho

##### 1. Necesidad de una *comprensión valorativa del Derecho*. Crítica a la concepción marxista del Derecho

Bajo los planteamientos de Marx, el Estado así como el Derecho solo se explican por las relaciones materiales de vida, es decir, por las relaciones económicas y no por sí mismas. Así pues, Marx en el *Prólogo de su "Contribución a la Crítica de la Economía Política"* indicó, como resultado general de su investigación sobre Economía Política, que «en la producción social de su vida, los hombres contraen determinadas relaciones necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción, que corresponden a una determinada fase de desarrollo de las fuerzas productivas materiales. El conjunto de estas relaciones de producción forma la estructura económica de la sociedad, *la base real sobre la que se levanta la superestructura jurídica y política* y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual en general. No es la conciencia del hombre la que determina su existencia; por el contrario, es su existencia social la que determina su conciencia»<sup>53</sup>. Lo mismo expresa Engels, «el Estado no es un campo independiente, con un desarrollo propio, sino que su existencia y su desarrollo se explican, en última instancia, por las condiciones económicas de vida de la sociedad, [de esa forma] el Estado no es, en general, más que el reflejo en forma sintética de las necesidades económicas de la clase que gobierna la producción. (...) Si el Estado y el Derecho público se hallan gobernados por las relaciones económicas, también lo estará, como es lógico, el Derecho privado, ya que este se limita, en sustancia, a sancionar las relaciones económicas existentes entre los individuos y que bajo las circunstancias dadas, son las normales»<sup>54</sup>. Y *ambos* señalan que, el «derecho no es más que la voluntad de vuestra clase elevada a ley; voluntad cuyo contenido está determinado por las condiciones materiales de existencia de vuestra clase»<sup>55</sup>.

Asimismo, los teóricos marxistas Alexandrov<sup>56</sup> y Konstantinov<sup>57</sup> sostienen que, así como el Estado, el Derecho tiene un carácter clasista. El Derecho expresa la voluntad de la clase dominante, esta emite normas que sirven a sus intereses, de

---

<sup>53</sup> C. Marx, *Prólogo de la Contribución a la Crítica de la Economía Política* [1859], en Marx y Engels. *Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso, [s.a.], p. 182; este *Prólogo* se encuentra como *Prefacio* en la edición publicada por Alberto Corazón Editor, Madrid 1970: *Contribución a la Crítica de la Economía Política*, trad., de J. Merino de la ed., alemana de 1920, el cual contiene la *Introducción general* o *Preliminar* que Marx preparó primigénicamente para esta obra.

<sup>54</sup> F. Engels, *Ludwing Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana*, [1888], pp. 647 y s.; véase además, el mismo, *El Origen de la Familia, la propiedad privada y el Estado*, [4ª ed., 1891] en *Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso, [s.a.], donde expone cómo el Estado en las distintas etapas de la historia de la humanidad (Estado antiguo, feudal y moderno) ha sido el Estado de la clase dominante; además expresamente indica que «[c]omo el Estado nació de la necesidad de refrenar los antagonismos de clases, (...) es, por regla general, el Estado de la clase más poderosa, de la clase económicamente dominante, que, con ayuda de él, se convierte también en la clase políticamente dominante...», p. 607.

<sup>55</sup> C. Marx y F. Engels, *Manifiesto del Partido Comunista* [escrito en diciembre de 1847- enero de 1848., ed., 1859] en Marx y Engels, *Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso, [s.a.], p. 46.

<sup>56</sup> N. G. Alesandrov. *Teoría del Estado y del Derecho*. (correspondiente al capítulo I), versión española de A. Fierro, México D.F.: Editorial Gribaldo S.A., 2ª ed. 1966., pp. 20 y s.

<sup>57</sup> F. V. Konstantinov, *Fundamentos de la filosofía marxista*, 1965, p. 467.

esa manera, a través del aparato normativo se contribuye *jurídicamente* a la dominación de una clase sobre otra. Finalmente, Tumánov<sup>58</sup>, orientando su crítica a las teorías “burguesas” sobre el Estado y el Derecho (R. Pound, F. Geny, Kantorovich, F. Heck, O. W. Holmes, Kelsen, Shönke), advierte que ellas poseen como rasgo fundamental el enmascarar el carácter clasista del Derecho.

Hasta aquí la tesis marxista.

Ante ello, cabe contraponer lo siguiente: asumir enteramente el Derecho como un instrumento puro de control de unas clases sobre otras, significa renunciar a todo criterio valorativo de este; y en la presente tesis se trata de construir una *concepción valorativa del Derecho*, y por ende, valorativa también del Derecho penal, uno orientado a fines, lo cual tampoco significa negar dicha realidad. Esta *concepción valorativa* no surge por alguna referencia a través de principios naturales, ultraterrenales o racionales –lo que ya hemos criticado anteriormente–, sino que se desprende de todo el proceso histórico-social del Derecho, dentro del cual se incluyen las anotaciones marxistas –ya que a esta última, tampoco se le puede desechar de plano atribuyéndole falta de consistencia y verdad–, sin embargo, así como dialéctica enseña que alguna tesis u opinión posee elementos de verdad, es decir, posee una *unilateralidad abstracta*, no se puede abandonar el Derecho a un análisis por puras relaciones de dominio. Sin duda, el aporte de la tesis marxista del Derecho se encuentra en hacer posible la comprensión del Derecho penal como medio de control social, y comprender la naturaleza de *la pena* tal cual es.

El hegeliano K. Larenz en su “*Metodología de la ciencia del Derecho*”, limita la capacidad crítica –terrero de la Política del Derecho– que posee la Jurisprudencia (Dogmática jurídica) hacia las normas positivas –y además tal capacidad se deriva y la elabora del mismo Derecho positivo o sea de sus principios directivos o postulados de justicia del Derecho vigente, es decir, la crítica ¡hacia sí misma!–, esto lo hace con el fin de evitar que la Jurisprudencia pase a ser una Teoría del Sociedad; de tal forma, insiste que «[u]na denominada “Teoría crítica”, que considera el Derecho vigente sólo bajo un aspecto –en todo caso unilateral– de constatación de “relaciones dominio”, no tiene necesidad de rastrear el contenido de justicia de las regulaciones y resoluciones particulares; puesto que, para ella, el resultado negativo es de seguro de antemano. La Jurisprudencia se propone precisamente este esfuerzo. Para ella no se trata sólo de claridad y seguridad jurídica, sino también de “más justicia” en el paulatino trabajo de detalle. **Quien cree poder prescindir de éste, no debería de hecho dedicarse en modo alguno a ella**<sup>59</sup>». En efecto, comprender el Derecho solamente como relación de poder implica resignarse a la *descripción de las normas* que reflejan tal dominio, y a su vez a renunciar a la crítica intrasistemática. Por otra parte, en los últimos teóricos marxistas mencionados, se advierte una resignación del hombre, es decir, de su capacidad crítica ante el sistema de Derecho y de Estado en general *dentro* del sistema democrático (¿reformismo? No, es comprensión del estado actual del Derecho), la misma resignación que creo Marx criticaba. Los teóricos marxistas estiman que todo aquel que se desenvuelve dentro del sistema estatal y del derecho, defenderá a una determinada clase, no obstante, ello no se puede afirmar

<sup>58</sup> V. A. Tumánov, *Teoría del Estado y del Derecho*, (correspondiente al capítulo XVI), 1966, pp. 20 y s.

<sup>59</sup> K Larenz, *Metodología del la Ciencia del Derecho*, trad. de Rodríguez Molinero, 2ª ed., definitiva, Barcelona-Caracas-México: Editorial Ariel, 1980., p. 183. (resaltado es nuestro).

categoricamente, pues la defensa por un modelo que resguarde la libertades se manifiesta intensamente en la Teoría del Derecho actual.

Sobre esto, puede verse en Zaffaroni<sup>60</sup>, quien en ningún instante cierra los ojos a las relaciones de poder que subyacen dentro del Estado de Derecho y, de ese modo, comprender el fenómeno penal; para el profesor latinoamericano el Estado de Derecho «real o histórico» es la contención del Estado de policía, este último se halla dentro de aquel, los cuales de ninguna manera se pueden identificar, pues entre ellos existe un relación dialéctica. A efectos de comprender la diferenciación de ambos Estados incluye un tercer Estado de Derecho «ideal», este es *un elemento o instrumento orientador* para el perfeccionamiento del Estado de Derecho y del Derecho penal. En su planteamiento claramente se desprende la necesidad de una comprensión valorativa del Estado de Derecho (ideal), sin el cual el Estado de Derecho «real» no puede desarrollarse y avanzar. Sobre este Estado, Zaffaroni manifiesta que «no existe en la realidad, porque no es un ente real, pero *es un ente ideal y existe como ente ideal*»<sup>61</sup>. También Bustos Ramírez en sus *Obras completas* no separa, en ningún momento, su análisis del fenómeno socioeconómico y político, no aleja su análisis de *una forma determinada* de Estado, del Estado actual y su base capitalista: «La pena, su sentido, funciones y finalidad no puede entenderse si al mismo tiempo no se analiza dentro de un sistema socioeconómico y la forma de Estado imperante»<sup>62</sup>.

La no prescindencia de la base económica y el carácter de clase del Estado, y por ende del Derecho, pero tampoco su reducción a él, lo explica el profesor Bustos Ramírez:

«El aspecto más importante dentro del Estado capitalista reside en su constante contradicción interna desde sus orígenes, pues si bien por una parte pretende representar a todos, cumplir las aspiraciones de todos, por otra, como Estado de una sociedad de clases, hay un grupo que establece su hegemonía y *dicha apariencia de totalidad no puede destruir los orígenes de ese grupo económico*; pero a su vez éste, para subsistir, para lo cual es necesaria la subsistencia de ese Estado, necesita ir respondiendo de algún modo a las aspiraciones de las demás clases. En ello reside, también la gran vitalidad del Estado capitalista, pues necesariamente tiene que ser un sistema abierto y flexible, tiene que irse reproduciendo y acrecentando, de ahí su carácter *democrático*, que, aunque sea imperfecto, origina una democracia»<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> R. Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal*, Buenos Aires: 1ª ed., EDIAR, 2006, pp. 165 y ss.

<sup>61</sup> R. Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal*, 2006, p. 170.

<sup>62</sup> J. Bustos Ramírez, *Obras Completas (Pena y Estado)*, t. I, Derecho Penal-Parte General, Lima: ARA editores, 2004, Director José Urquiza Olachea, p. 171., así también en pp. 234 y s. (*Estado actual de la Teoría de la Penal*) y en pp. 489/497 (*Control social y Derecho Penal*).

<sup>63</sup> J. Bustos Ramírez, *Obras Completas (Pena y Estado)*, t. I Derecho Penal-Parte General, Lima: ARA editores, 2004, pp. 188 y s., (el resaltado es nuestro).

El Prof. J. Urquiza Olachea en el *Prólogo* a los dos tomos de las *Obras completas* del Prof. J. Bustos Ramírez resalta «la necesidad que el Derecho Penal desde sus categorías fundadoras no se presente como algo estático sino dinámico, tal como es el proceso de relación del individuo dentro de la sociedad», p.57.

De similar modo, Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal-Parte General*, 5ª ed., revisada y puesta al día, Valencia: Tirant lo blanch, 2002, reconocen que «[e]l orden jurídico y el Estado no son, por consiguiente, más que el reflejo o superestructura de un determinado orden social incapaz por sí mismo de regular la convivencia de un modo organizado y pacífico», p. 34. Ciertamente, los profesores españoles limitan el reflejo a la falta de eficiencia del control social, pero del

Es así, que una comprensión valorativa del Derecho, dentro del Estado real, es posible sin negar las relaciones de dominio existente; es la superación de este análisis unilateral.

---

reconocimiento de tal reflejo no se puede obviar el influjo de los fenómenos económicos, y su reflejo, también, en el Estado y orden jurídico.

## § 4

### Dialéctica aplicada y Derecho

#### 1. Los Principios *en general* y los Principios Generales del Derecho

En concordancia con nuestra Tesis III: “Las formas de pensamiento son un reflejo de la realidad objetiva”, se desprende consecuentemente que los principios no son reminiscencias que adquirimos a través de la razón, sino que se hallan en la misma realidad, y que hay que descubrir. En el Derecho los *Principios generales* no son anteriores y superiores al Estado y a la naturaleza del hombre, sino que se derivan de las *relaciones sociales concretas*; de la interacción de ellas surge la pauta o criterio de valoración y cuestionamiento de las normas positivas. Por lo tanto, solo a través del conocimiento de los sucesos particulares –en el Derecho en general– o a través de la resolución judicial de conflictos penales –en el Derecho Penal en particular–, se pueden descubrir los principios, estos son el resultado de la investigación o experimentación concreta. A esto Engels sostenía:

«[L]os principios no son el punto de partida de la investigación, sino su resultado final, y no se aplican a la naturaleza y a la historia humana, sino que se abstraen de ellas; no es la naturaleza ni el reino del hombre los que se rigen según los principios, sino que éstos son correctos en la medida en que concuerdan con la naturaleza y la historia»<sup>64</sup>.

Por lo tanto, cuando abordamos el tema sobre los principios del Derecho, no solo basta decir, que son “líneas directrices”, “guías de interpretación” o “faros orientadores”, sino principalmente señalar cuál es su fuente.

#### 2. Los valores como resultado de la interacción de las relaciones sociales concretas.

Afirmar que el *deber ser* no se puede deducir del *ser*, es decir, que los preceptos del deber ser solo se derivan deductivamente de otros preceptos del deber ser, y que ambos planos son círculos independientes y cerrados constituye la «esencia del dualismo metódico»<sup>65</sup> de Radbruch<sup>66</sup>, y además tales preceptos son

---

<sup>64</sup> F. Engels, *Anti-Dühring*, Cap. III División y Apriorismo., p. 22.

<sup>65</sup> Véase G. Radbruch, *Filosofía del Derecho*. 4ª ed., Granada: Editorial Comares, S.L. 1999., pp. 8 y ss.

<sup>66</sup> Cabe mencionar una omisión en Radbruch al citar a Engels atribuyéndole algo que él no dijo. Este último en su “*Carta a Konrad Schmidt*” (Londres, 27 de octubre de 1980, en Marx y Engels. *Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso, [s.a.], pp. 719/725), manifiesta que, «El reflejo de las condiciones económicas en forma de principios jurídicos es también, forzosamente, un reflejo invertido: se opera sin que los sujetos agentes tengan conciencia de ello; el jurista cree manejar normas apriorísticas, sin darse cuenta de que estas normas no son más que simples reflejos económicos; todo al revés». Si bien Engels manifiesta que, evidentemente, las normas apriorísticas que los juristas construyen repercuten sobre la base económica y para ello, efectivamente, cita ejemplos del Derecho privado, Radbruch no precisa la naturaleza de esos principios. En Engels tales normas apriorísticas son una inversión de los reflejos económicos, es más Radbruch ni siquiera precisa que la repercusión se da «dentro de ciertos límites», como Engels escribe. Pero sobre todo, no existe, como Radbruch dice un «posterior desarrollo o aclaración del materialismo histórico», tampoco una «legalidad que intenta cada vez más escaparse de su sumisión a los intereses económicos», por el contrario, Engels resalta la dependencia a las bases económicas, «la supremacía final del desarrollo económico». Para Engels, el Jurista ve todo al revés. Por otra parte, si Engels, también reconoce, en la “*Carta a Francisco Mehring*” (Londres, 14 de julio de 1893, *Obras escogidas*, pp. 726/730) que él como Marx en un principio descuidaron la forma, para atender al contenido, ello no determina un cambio de dirección en el contenido, de *derivar de los hechos económicos básicos las ideas políticas, jurídicas y los actos condicionados a ellas*.



indemostrables, axiomáticos, no susceptibles de conocimiento, *sino tan solo de creencia*. ¡Imagínense!

Retornando a Zaffaroni se advierte en él un ingenuo *dualismo*; un *deber ser*, que no se sabe de dónde sale con el objeto de mejorar el *ser*, de quien se busca su perfección. Además, pone de relieve que el Estado de Derecho requiere de *un referente* –también el Derecho lo precisa– y no se abandona a la descripción del Estado de policía que existe, en la forma de relaciones de poder o relaciones de dominio (realidad objetiva).

Por tal motivo, cabe completar la idea de Zaffaroni con la interrogante, ¿de dónde surge el Estado de Derecho ideal del que él habla?, afirma que existe, pero no dice de dónde deriva, si ello se queda así le alcanza la crítica de Hegel, que a la razón gustosamente le satisface contraponer un *deber ser* al *ser*<sup>67</sup>. A Radbruch igualmente cabría oponerle la pregunta, ¿de dónde provienen esos otros preceptos del deber ser? Aunque en él, esto es una cuestión de fe.

---

<sup>67</sup> Así, G. W. F. Hegel, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio*, (Introducción) p. 107, afirma «Pero a quien le es especialmente querida la separación entre realidad efectiva e idea es al entendimiento que tiene por verdaderos los sueños de su abstracción y se envanece con el *deber* [moral] que él receta a su gusto especialmente en el terreno político, como si el mundo hubiese tenido que aguardarle a él para saber cómo debe ser, sin serlo; porque si el mundo fuese ya como debe ser, ¿qué lugar habría para la precoz sabiduría de su deber ser?». Hegel quiere poner de relieve que el mundo es *realidad efectiva*, es la realización o despliegue de la razón, por ello no puede haber un mundo que deba ser. El mundo que *es* y que es conforme a la razón no puede ser de otro modo; en tal sentido la conciencia no le queda, sino que aprehender la realidad efectiva tal cual es (fenómeno y esencia), y no dar postulados diferentes a lo que *es realidad efectiva*. Tal consideración la expuso Hegel, en primer lugar, en sus *Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho*, trad., de Eduardo Vázquez de la ed., 1821, Madrid: Biblioteca Nueva, 2000, (Prefacio) pp. 75 y s., aquí afirma «este manual, en cuanto contiene la ciencia del Estado, no debe ser nada más que una tentativa para *concebir y exponer al Estado como algo racional en sí* (*in sich*). Como escrito filosófico tiene que estar lo más alejado de deber construir un *Estado como éste debe ser*. La enseñanza que puede encontrarse en él no puede dirigirse a enseñar al Estado como éste debe ser, sino más bien como él, el universo ético, debe ser conocido. (...) Concebir *lo que es*, es la tarea de la filosofía, pues *lo que es*, es la razón». Como se mencionó, el Estado y la historia es el autodesarrollo de la razón, por consiguiente, de nuevo, no hay un Estado que deba ser, sino uno que se ha de conocer. Tales razonamientos, se desprenden de sus tesis de la *identidad*: “*lo que es racional eso es efectivamente real y lo que es efectivamente real, eso es racional*”. (Ésta es, a mi parecer, una mejor traducción, pues hace más explícito lo que Hegel quiere transmitir; y es la contenida en la *Enciclopedia*).

Esta tesis, a mi consideración, es recogida por Jakobs para contraponerla a quienes, como Zaffaroni en Latinoamérica, oponen un Estado ideal o un Estado que deba ser (incluida la idea que todos los seres humanos son personas) al Estado real o imperfecto, Cfr., G. Jakobs, “¿*Derecho penal del enemigo? Un estudio a cerca de los presupuestos de la juridicidad*”, en Jakobs/Polaino Navarrete, *Las condiciones de juridicidad del Sistema penal. Derecho penal del enemigo y concepto jurídico penal de acción en una perspectiva funcionalista*, Lima: Grijley, 2007, pp. 23 y s., «hay que distinguir entre un Derecho *postulado* –con independencia que este postulado resulte más o menos convincente–, un Derecho-modelo, y a la estructura normativa *real* de una sociedad. Aquel puede orientar en el futuro, “en espíritu”, pero sólo ésta orienta en el respectivo “aquí y ahora”». Con estas premisas, Jakobs centra su análisis a lo que *es*, como él dice a la descripción, pero si se limita a la descripción, su teoría es una teoría empírica, entonces, no se explica por qué no reconoce las relaciones de dominio existentes. Es evidente que al asumir una sociedad normativa, se encubre la realidad y falsea lo que *realmente es*. Con lo descrito él rechaza un dualismo, con el cual coincide, pero su monismo es falseado, en cambio, al plantear un monismo, como lo hemos expuesto, y desprender una comprensión material-valorativa (el valor surge del ser en su proceso histórico) que orienta al Estado y Derecho real, es decir, un Estado ideal como referente del Estado real, pero el primero desprendido del segundo, se logra mantener la fuente del valor: la realidad concreta.

Desde mi punto de vista, no se puede sostener un dualismo sin caer en idealismo: en la consideración sobre la existencia de preceptos de *deber ser* de carácter axiomático o referido a ideales.

Si bien los axiomas o preceptos ideales no pueden referirse sino a *formas de pensamiento*, estas formas son formas del *ser*, del mundo objetivo. Dicho de otro modo, la razón o el pensar no las extrae de sí mismos, sino solo de la realidad. Con lo indicado, se invierte la tesis de Radbruch –la ponemos de pie– y se sigue la línea de Engels ya indicada, *«los principios no son el punto de partida de la investigación, sino su resultado final»*. Por tanto, el mundo del derecho que orienta nuestro comportamiento no puede estar gobernado de abstracciones que no se sabe dónde están, encaminando todo esfuerzo a encontrarlos, sino que los principios, son acertados en la medida que se desprenden del mundo mismo, si concuerdan con la sociedad y la naturaleza.

En ese sentido, los valores surgen de lo objetivo, de lo externo al pensamiento, pero tal exterioridad solo puede estar referida a la interacción de seres humanos y no a otros tipos de relaciones objetivas, por lo tanto, *el valor surge de la relación social concreta*.

Finalmente, cuando los juristas romanos manifestaban que *“Ius ist ars bon et aequi”* (Celso) se demuestra que pese a la existencia de su sistema dominante (que se reflejaba en su Derecho) existía la necesidad de una comprensión valorativa del Derecho.

### **3. ¿De la «dialéctica» se desprende una “profecía”<sup>68</sup> en el sentido de Radbruch?**

No, Engels ya había respondido a esta cuestión frente a las objeciones del señor Dühring, este dice: «La hegeliana negación de la negación tiene en efecto que prestar aquí, a falta de medios mejores y más claros, los servicios de comadrona por los cuales surge el futuro del seno del pasado». Ante esto, Engels: *«el proceso es histórico, y si al mismo tiempo es dialéctico, ello no es culpa de Marx, por mucho que le disguste al señor Dühring»*, luego concluye, que «al caracterizar el proceso como negación de la negación, Marx no piensa en absoluto en que con eso pueda probarse que el proceso es históricamente necesario. Antes, al contrario: *luego de haber probado históricamente que el proceso se ha realizado efectivamente en parte y que en parte tiene que producirse, lo caracteriza por añadido como proceso que se realiza según una determinada ley dialéctica. Esto es todo*. El señor Dühring comete, por tanto, otra vez una falsedad de atribución cuando afirma que la negación de la negación tiene que prestar aquí servicios de comadrona por los cuales surge el futuro del seno del pasado (...)»<sup>69</sup>. La respuesta de Engels alcanza a la objeción de Radbruch, pues de lo descrito por Marx no deduce una “profecía”.

---

<sup>68</sup> G. Radbruch, *Filosofía del Derecho*, p. 23.

<sup>69</sup> F. Engels, *Anti-Dühring*, Cap. XIII Dialéctica. Negación de la negación., p. 124.

## Capítulo II

### El fenómeno penal

#### § 1

#### Un nuevo Sistema penal no legitimante

La dialéctica rige en todos los campos (leyes generales del movimiento), sin embargo, se manifiesta de modo distinto de acuerdo a la naturaleza específica de cada objeto. En los apartados anteriores se ha descrito el movimiento dialéctico en general, pero eso no agota la dialéctica, sino que el análisis concreto de cada fenómeno es lo decisivo en el método. En lo que se sigue se analizará un *objeto real*.

El fenómeno penal es un fenómeno del mundo objetivo, algo que existe, no es una elucubración abstracta o imaginativa de alguna persona o «genio maligno» y, en tanto existe en el mundo, tiene *un movimiento particular* que lo caracteriza y el cual genera su desarrollo. Este movimiento es producido por la contradicción que existe en el proceso de desarrollo de *todas las cosas* y, además, se presenta *desde el comienzo hasta el fin del proceso de desarrollo* de cada cosa.

La contradicción *fundamental* solo puede ser aquella que caracteriza al objeto y determina su desarrollo desde el comienzo hasta el final. Ahora bien, el fenómeno penal se manifiesta a través del Derecho penal, Derecho procesal penal y Derecho de ejecución penal; entonces, el Derecho penal, únicamente, puede entenderse en conexión indisoluble y recíproca con esas otras dos expresiones. Por ello, la contradicción *fundamental* ha de ser *la misma* para esos ámbitos del fenómeno penal. Por lo tanto, la contradicción *fundamental* es la que determina al sistema penal en su conjunto y no solo al Derecho penal. El fenómeno penal desde su comienzo (Derecho penal sustantivo), desarrollo (proceso penal) y final (Ejecución penal) se encuentra determinado por la contradicción entre *Libertad y Seguridad*.

#### *Libertad y Seguridad*

De la contradicción *fundamental* (libertad y seguridad), pasamos a las contradicciones *principales*. Estas se desarrollan en *cada etapa* del proceso del movimiento o desarrollo de la contradicción fundamental. El desarrollo del fenómeno penal no es único y constante, cada *etapa* tiene una contradicción principal, y esto es así porque el fenómeno penal es altamente complejo, entonces tenemos:

Contradicción entre:

### **1) Libertad general de acción e interés individual de protección**

Esta contradicción determina la *cualidad* del *Derecho penal*.

### **2) Imputado (defensa-garantías) y acusador (imputación-acusación)**

Esta contradicción determina la *cualidad* del *Derecho procesal penal*.

### **3) Dolor penal (contraprestación) y víctima (reparación)**

Esta contradicción determina la *cualidad* del *Derecho de ejecución penal*.

Estas contradicciones cambian de una etapa a otra, de principales pasan a ser no principales, pero no significa que al pasar a una nueva etapa, la anterior sea abandonada ya de por sí. Por ejemplo, la contradicción entre libertad general de acción e interés individual de protección siempre estará presente, pero en determinada etapa (la inicial) será la contradicción decisiva.

#### **1. Estabilidad de la contradicción fundamental.**

La contradicción entre *libertad y seguridad*, que significa y se expresa en la unidad del fenómeno penal bajo la idea de protección de bienes jurídicos, *no se resuelve o soluciona*<sup>70</sup> como sucede en todos los demás fenómenos; es decir, no pasa a una nueva etapa, mejor dicho, no se convierte en un nuevo fenómeno. ¿Por qué?

Las contradicciones explican el *autodesarrollo y automovimiento* de los objetos y los procesos; la *solución* de tales contradicciones hará que dichos objetos y procesos dejen de ser tales y pasen a ser otros (cambio de cualidad). En el sistema democrático en el cual vivimos el sistema penal permanecerá, es decir, la contradicción entre libertad y seguridad no se solucionará, no habrá un salto cualitativo de una cosa a otra. No se puede saber el resultado de la contradicción entre libertad y seguridad, pues hasta ahora no ha ocurrido la solución de dicha contradicción.

En el sistema democrático esta contradicción (de las muchas que posee) solo se desenvuelve en la primera etapa de la contradicción (contradicción absoluta e interdependencia o unidad de opuestos), pero no llega a una nueva etapa, como ya se dijo a su solución, esto es, a dar el salto cualitativo. Solo existe *equilibrio*, pero esto es relativo. Recuérdese que el equilibrio en todos los fenómenos es lo relativo

---

<sup>70</sup> Recuérdese que la «solución» significa el salto cualitativo, es decir, el cambio de una cosa a otra nueva.

porque solamente se expresa en una etapa del objeto; por el contrario, lo absoluto es el *desarrollo*.

¿Lo expresado significa contradecir la dialéctica y la idea del desarrollo de los fenómenos, al afirmar que no habrá salto de un nuevo objeto o fenómeno a otro, es decir, la superación del sistema penal por otro fenómeno? La respuesta es no. Afirmar que todo cambia y fluye, significa además reconocer que todas las cosas se hallan en *conexión con otras cosas y fenómenos*. El fenómeno penal no es un objeto en contradicción aislada, sino que forma parte de las contradicciones complejas de la sociedad en su conjunto. Por tal motivo, el alcance a la segunda etapa del desarrollo (solución de la contradicción fundamental entre *libertad y seguridad*), no es posible sin la solución de contradicciones mayores y principales con relación a esta. Hay que agregar que, el fenómeno penal, a fin de que dé un cambio cualitativo y deje de ser lo que es, requiere que sea incidido por aspectos cuantitativos que modifiquen su ser y se transforme; de aquí, por lo tanto, que no cerramos los ojos a las contradicciones *externas* con los que el fenómeno penal se haya vinculado. Las contradicciones externas constituyen un aspecto importante que la dialéctica no pierde de vista en el análisis de los fenómenos complejos y nosotros no lo hacemos.

La independencia del fenómeno penal es relativa, es decir, es y no lo es. La independencia se refleja en la solución de un problema determinado en función de su contradicción fundamental (la solución de una causa penal, por ejemplo), y no es independiente por las conexiones externas con otros fenómenos muchos más complejos.

## 2. Finalidad del Sistema Penal: *Limitación del poder punitivo estatal*

La finalidad del sistema penal no es mantener una *estabilidad o equilibrio equitativo* entre libertad y seguridad, sino una *estabilidad diferencial*; ahora bien, este equilibrio precisa del mantenimiento de una *estabilización* que implique la preponderancia de la libertad *sobre* la seguridad. Para explicar este tipo de estabilidad o equilibrio, cabe indicar que *toda contradicción posee dos aspectos* en tanto que está formado por dos opuestos. La dialéctica no olvida el estudio de estos y distingue el *aspecto principal* y el *no principal*, los cuales no pueden advertirse si no se distingue, primero, *la contradicción particular* de cada fenómeno, y como hemos indicado la contradicción *particular*, y a la vez fundamental, del fenómeno penal es la que se suscita entre *libertad y seguridad*, la cual abarca todo el desarrollo de este fenómeno.

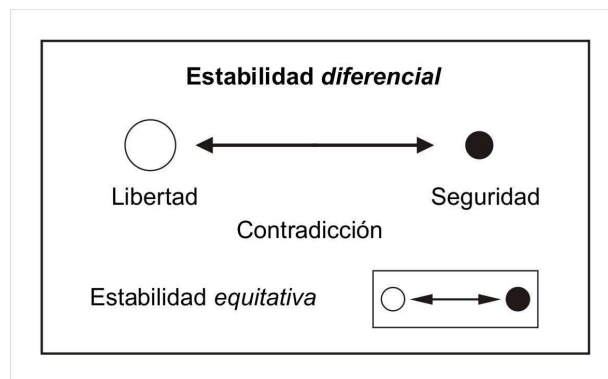


Gráfico N° 1

La contradicción entre libertad y seguridad es un *reflejo* de la realidad objetiva – de la forma de gobierno, del poder– y es dentro del Estado de Derecho donde esta contradicción se desenvuelve. *Va a depender de la realidad objetiva qué aspecto es el principal*. Si el poder político incide en la seguridad, entonces este será el aspecto principal. No obstante, el Estado de Derecho *no debe* permitir –y esa es su principal función– que esta se exprese con mayor significancia que el otro aspecto de la contradicción, es decir, que la libertad. El Estado de Derecho busca lo óptimo: *estabilizar diferencialmente* la contradicción, en la forma actual en la que hemos decidido organizarnos. No cualquier forma de Estado busca este tipo de estabilidad, sino solo el Estado de Derecho *ideal* como diría Zaffaroni. El Estado de Derecho, en concreto *la democracia*, actúa como estabilizador, frenando que uno de los aspectos (la seguridad) sea más que el otro. *Lo óptimo es que la libertad sea el aspecto principal de la contradicción*, pero la realidad es la que determina ello.

Cuando la seguridad constituye el aspecto principal de la contradicción y se traduce en “mayor seguridad” a costa de la restricción de la libertad, el desequilibrio repercute en el posterior desarrollo del fenómeno penal, es decir, disminuirán las garantías penales en los procesos penales y en la ejecución penal se constatarán severas penas. No obstante, pese al sentido “positivo” que podría sonar el hecho de indicar que en el fenómeno penal lo óptimo es la preponderancia de la libertad sobre la seguridad, esto no significa la felicidad, de ninguna manera, sino que incluso así, «[l]a selectividad, la reproducción de la violencia, el condicionamiento de mayores conductas lesivas, la corrupción institucional, la concentración de poder, la verticalización social y la destrucción de las relaciones horizontales o comunitarias, *no son características coyunturales, sino estructurales del ejercicio de poder de todos los sistemas penales*»<sup>71</sup>.

## **2.1. Expresión jurídica de la contradicción fundamental: La Teoría de la protección de bienes jurídicos**

El fin del sistema penal es la *estabilización diferencial* de la contradicción entre *libertad y seguridad*; esta concretamente se *expresa, condensa y sintetiza jurídicamente en la teoría de la protección subsidiaria de bienes jurídicos*. En efecto, tal concepto permite delimitar al legislador el ámbito sobre lo que puede penar o dejar impune y, en consecuencia, establecer el marco de la prohibición – de la seguridad– y de acción –libertad–, no obstante, la delimitación de la facultad dispositiva del legislador no es previa a la ley fundamental. ¿Cuál es el criterio de la delimitación de la prohibición penal? El criterio no puede ser otro que el planteado por Bustos<sup>72</sup> y Roxin<sup>73</sup>, el político-criminal. Lo expuesto hasta aquí, muestra la necesidad de *un sistema* –como máxima expresión de la sistematización del pensamiento–, pero a efectos de darle flexibilidad para su

---

<sup>71</sup> R. Zaffaroni, “*En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática jurídico-penal*” [1989], 2ª reimpresión, Buenos Aires: EDIAR, 1998, p. 19.

<sup>72</sup> J. Bustos Ramírez, *Obras completas*, t. I aquí señala que, «[l]a teoría del delito se *construye* a partir de una finalidad político-criminal de protección de bienes jurídicos», pp. 633 y ss.

<sup>73</sup> Conforme así lo expuso C. Roxin, *Política criminal y sistema de derecho penal*, trad., de F. Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1972., a efectos de lograr un sistema fructífero con claridad y ordenación conceptual, con referencia a la realidad y orientación en finalidades político-criminales., pp. 39 y ss.

constante revisión, deber ser construido funcionalizado político-criminalmente a la protección de bienes jurídicos derivados de la Constitución<sup>74</sup>.

La constatación de la contradicción entre libertad y seguridad también es advertida por Roxin. En la descripción por él hecha de “*La evolución del derecho penal y de la política criminal en Alemania tras la segunda guerra mundial*” manifiesta que, «[e]l Estado de derecho reclama la protección más efectiva posible del individuo y la sociedad, (...). Ambos fines del Estado de derecho – protección de la sociedad y salvaguardia de la libertad *son de naturaleza antagónica* y tienen que encontrar un equilibrio que satisfaga ambos componentes: la prevención general, (...), tiene que estar siempre limitada por la exigencia de libertad ciudadana»<sup>75</sup>. Desde mi punto de vista, Roxin constata aquí no solo la naturaleza contradictoria del fenómeno penal, sino, principalmente, el modo como se debe abordar tal problema: lo que hemos denominado como *estabilización diferencial* de la contradicción, que es lo óptimo a lo que se debe llegar. Asimismo, el resultado de la dirección sistemática se ve reflejado, además, en la posición jurídica del acusado (preservación de sus derechos), lo cual significa que el desarrollo de la contradicción alcanza al Derecho procesal penal. Y así nuevamente sostiene que «[e]l injusto penal está sistemáticamente y dogmáticamente condicionado por dos elementos antagónicos del Estado de derecho: por un lado, la protección del individuo y la sociedad; por otro, la garantía de libertad de los ciudadanos frente a reacciones desproporcionadas por parte del Estado»<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> C. Roxin, *Derecho Penal Parte General*, t. I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997, trad., de la 2ª ed., alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, reimpresión, 2006, § 2 nm. 9. Así también, en el Derecho penal peruano sigue la línea de Roxin, Hurtado Pozo, *Manual de Derecho Penal Parte General I*, 3ª ed. Lima: Grijley 2005., pp. 23 y ss., quien pese a considerar que la noción sigue siendo imprecisa y discutida le reconoce ventajas. Tal imprecisión propia de la noción de Roxin, la estimamos complementada, finalmente, con lo aportado por Bustos Ramírez.

<sup>75</sup> C. Roxin, “*Problemas básicos del Sistema de Derecho penal*”, en *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, trad., de Carmen Gómez Rivero, Valencia: Tirant lo blanch, 2000., pp. 31 y s. En el Perú estos textos fueron publicados por el Fondo Editorial de la Univ. de Lima con el título “*Derecho Penal: nuevas tendencias en el Tercer Milenio*”, 2000. (resaltado es nuestro). Asimismo, referencias adicionales desde la filosofía política, advirtiendo un conflicto (contradicción) entre *prevención y garantías* como característica del Liberalismo, véase, R. Alcácer Guirao, “*Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política*”, en ADPCP, t. LI, fasc. Único, Enero – Diciembre, 1998, p. 514 y ss.

<sup>76</sup> C. Roxin, “*Problemas básicos del Sistema de Derecho penal*”, en *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, 2000, p. 44. A mayor abundamiento, el prof. alemán indica que «[l]a mejor política criminal consiste, por tanto, en conciliar de la mejor forma posible la prevención general, la prevención especial orientada a la integración social y la limitación de la pena en un Estado de derecho», p. 34; el mismo, “*El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual*” (2004), en *La Teoría del delito en la discusión actual*, trad. de M. Abanto Vázquez, Lima: Grijley, 2007, p. 92; el mismo, “*¿Qué puede reprimir penalmente el Estado? Acerca de la legitimación de las conminaciones penales*” (2003), en *Problemas actuales de la Dogmática Penal*, trad. de M. Abanto Vázquez, Lima: ARA editores, 2004, p. 20 y ss.

Por otra parte, G. Jakobs, “*La pena estatal: significado y finalidad*” [2004], trad., de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, en *El fundamento del sistema jurídico penal*, Lima: ARA EIRL, 2005, hace referencia a la relación entre libertad y seguridad, no obstante, para el autor, lo óptimo no es mantener uno u otro aspecto, sino, principalmente, lograr la juridicidad del Derecho, es decir, su vigencia y «el derecho está en vigor cuando se produce una conducta antijurídica, concretamente está en vigor cuando esta conducta se denomina y trata como delito», p. 45. Como se ve, al pasar a un segundo plano la preponderancia de la libertad sobre la seguridad

En la cuestión del Derecho penal del enemigo, además de Zaffaroni, Eduardo Demetrio Crespo constata que tal fenómeno corresponde a la “tensa relación entre libertad y seguridad”<sup>77</sup>, y precisamente, la preponderancia unilateral de tal contradicción a favor de la seguridad se expresa en lo que se denomina Derecho penal del enemigo; tal afirmación refuerza nuestra tesis de que *la estabilización diferencial siempre ha de estar a favor de libertad*; lo contrario es arbitrariedad en forma de Derecho.<sup>78</sup>

No obstante, a efectos de concretizar la propuesta de Roxin es que seguimos el planteamiento del profesor Bustos Ramírez, quien manifiesta que «una teoría del bien jurídico [al igual que la norma], tiene un origen en la base social y es el producto de los procesos interactivos que tiene lugar en su seno, (...), y, por consiguiente, están sujetos a su rediscusión democrática. Por eso, se dice que tiene un carácter dinámico»<sup>79</sup>. Evidentemente, el bien jurídico no puede tener lugar, sino en la realidad social cambiante y en desarrollo, en consecuencia, nace de las *relaciones sociales concretas*, –de la interacción constante entre ellas–, de la cual se desprende la valoración positiva del objeto que se ha de proteger. Así, el profesor señala, los bienes jurídicos «*materialmente son sociales concretas que surgen como síntesis normativa de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática*»<sup>80</sup>; además, el marco de libertad del legislador solo puede darse a través de la Constitución como menciona Roxin<sup>81</sup>, los bienes jurídicos vienen previamente dados *al legislador*, pero no son previos a la Constitución. En efecto, lo señalado por Roxin es totalmente acertado, pues las relaciones sociales concretas únicamente pueden desenvolverse en una sociedad democrática, donde exista participación, constante crítica y revisión.

Finalmente, de todo lo descrito se desprende que el bien jurídico permite comprender que es la *limitación o contención del poder punitivo del Estado* el fin del sistema penal<sup>82</sup>, objetivo que no se lograría sin dicha teoría<sup>83</sup>. «*La función más*

---

(y ésta relación en su conjunto) y atenerse, solamente, a la búsqueda de la juridicidad, se llega a la consecuencia de tomar como indiferente si en determinado momento la seguridad prepondera sobre la libertad (Derecho penal del enemigo), si es que así, se logra la vigencia del Derecho.

<sup>77</sup> Eduardo Demetrio Crespo, “*El Derecho Penal del enemigo DARF NICHT SEIN! Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad*”, en *Derecho penal del enemigo. El Discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Coords. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Diez. Madrid-Buenos Aires-Montevideo: Edisofer S.L. - Euros editores SRL - BdF. Ltda., 2006, pp. 473 y ss.

<sup>78</sup> Ver mi trabajo, “*Terrorismo, Derecho penal y Estado de Derecho ¿Un trinomio funcional? Crítica a la «corroboración de lo normativo por lo fáctico» de G. Jakobs. Insostenibilidad teórico del Derecho penal del enemigo*”, (colaboró Eli Vidal Córdova) presentado al VI Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología, Univ. Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, del 06 al 10 de octubre Huaraz 2009, publicado en el Libro de ponencias del VI Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología, Huaraz: Editorial Ventura Andina, 1ª edic. 2009, pp. 304-336. (existe una mayor profundización de este trabajo aún sin publicar).

<sup>79</sup> J. Bustos Ramírez, *Obras Completas (El bien jurídico)*, t. I, Derecho Penal-Parte General, p. 538.

<sup>80</sup> J. Bustos Ramírez, *Obras Completas (El bien jurídico)*, t. I, Derecho Penal-Parte General, p. 539. (el resaltado es nuestro).

<sup>81</sup> C. Roxin. PG, § 2, nm. 9.

<sup>82</sup> Asimismo, quiero precisar que al establecer como misión del Derecho penal la limitación del poder punitivo del Estado, esto no se contrapone con una función general y evidente del Derecho en general (regular la vida de los seres humanos –véase Santiago Mir Puig, “*Límites del normativismo en Derecho Penal*”, en RECPC 07 (2005), <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07->



*obvia de los jueces penales y del derecho penal (como planeamiento de las decisiones de éstos), es la contención del poder punitivo. Sin la contención jurídica (judicial), el poder punitivo quedaría librado al puro impulso de las agencias ejecutivas y políticas y, por ende, desaparecería el estado de derecho y la República misma»<sup>84</sup>.*

En conclusión, la contradicción entre libertad y seguridad es la *cualidad* del fenómeno penal. Si la esencia del fenómeno penal es la tensión entre *libertad y seguridad*, y teniendo en cuenta, además, por una parte, que la libertad garantiza el desarrollo del ser humano, mientras que la seguridad –que es únicamente estatal– en su uso desmedido atenta contra dicha libertad, entonces, la finalidad de la ciencia del Derecho penal no es otra que limitar o contener el poder punitivo del Estado. Se llega a la misma conclusión, no porque se asuma a Zaffaroni, sino porque el análisis de Zaffaroni es dialéctico.

Resumiendo, la finalidad del sistema penal en el plano del *concepto* es la estabilización diferencial de la contradicción entre la libertad y seguridad, que se traduce jurídicamente en la Teoría de la protección de bienes jurídicos, y que se expresa en la *realidad* –y esto es lo esencial– *como limitación del poder punitivo del Estado*. No se puede limitar este poder con los conceptos o teorías, sino con el hacer, en la *práctica judicial*.

### **3. De lo particular a lo general. La contradicción entre libertad y seguridad como constatación de la realidad objetiva**

La conclusión de que la contradicción fundamental del sistema penal se desenvuelve entre libertad y seguridad, –en tanto aún nos movemos en el plano del concepto o abstracción–, no se explica sino a través de un análisis de los sucesos particulares que suceden y sucedieron. Efectivamente, los comportamientos lesivos no se pueden explicar, sino confluye una relación social (sujeto activo y pasivo) en un contexto que revela, precisamente, el sentido de la lesividad. Las relaciones sociales concretas, tal como Bustos Ramírez las

---

[18.pdf](#), p. 18:10), sino que la vida de los hombres es regulada ya por los otros derechos particulares, especialmente el Derecho civil (C.C.), sin embargo, respecto de las conductas más graves, con la pena únicamente se reprime el comportamiento defectuoso, sirviendo sólo para autoconstatar la existencia del Estado, no hay otra función, por ello, el Derecho Penal (conjunto de normas) su función ha de ser diametralmente distinta a la simple regulación de la vida de los seres humanos, su función sólo puede ser la limitación de ese poder estatal.

<sup>83</sup> Seguimos la línea de Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal*, 2006, p. 168; Bustos Ramírez J., *Obras Completas (El bien jurídico)*, t. I Derecho Penal-Parte General, p. 541; José Urquiza Olachea, “*El bien jurídico*” en RPCP, N° 06 Año 3., Perú, Gc ediciones, 1998. p. 825.

<sup>84</sup> R. Zaffaroni, *Derecho Penal-Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires: EDIAR, 2002, p. 5; el mismo, “*En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática jurídico-penal*” [1989], 2ª reimpresión, Buenos Aires: EDIAR, 1998, en la cual se describe el panorama de la deslegitimación penal y una reinterpretación del Derecho penal (ver *Presentación*) y la necesidad de limitar el poder selectivo de los sistemas penales; el mismo, “*Los desafíos del Poder judicial*” [2005], [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/articulo%20zaffaroni.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/articulo%20zaffaroni.pdf), p. 32, así el autor señala: «Quien debilita el poder jurídico de contención de los jueces, en busca de mayor seguridad, es un suicida que no cae en la cuenta de que pierde toda seguridad. Se ilusiona quien cree que las peores amenazas para su vida, su propiedad, su libertad provienen de los infractores a la norma penal, cuando, en realidad, han sido los poderes punitivos desbocados (...) los que más vidas, libertades y propiedades han destruido, pero no mediante las guerras, sino mediante sus poderes punitivos funcionado sin limitaciones»; el mismo, “*La pena como venganza razonable. Lectio doctoralis*” [2009], [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/zaffaroni%20-%20la%20pena%20como%20venganza%20razonable.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/zaffaroni%20-%20la%20pena%20como%20venganza%20razonable.pdf), p. 5.

describe, condensan el suceso particular que se repite infinitamente en la historia penal. Pero hay que retroceder un poco más y explicar cómo esta relación social (delictiva) se forma. Hay que ir a sus orígenes.

En cualquier tipo de Estado, el ser humano ha tenido un margen de libertad, en mayor o menor medida según la configuración del mismo Estado, de aquí que el ser humano como persona –centro de imputación de deberes y derechos en su concreto marco de libertad– posee *libertad general de acción*, pero esta lleva en sí misma un *interés individual de protección*, es decir, ¡su contrario! Uno no se explica sin el otro (unidad). El desdoblamiento del contrario o mejor dicho la fenomenalización del contrario se efectúa porque precisamente el ser humano no es un ser humano aislado, sino ser humano incorporado en su contexto social, donde interactúa con otros seres humanos. Los otros, en aras de la comprensión del sistema penal, de igual forma, poseen una necesidad de actuar y de protección. La interacción conflictiva del Yo con el Ego expresa o hace patente la fenomenalización de la contradicción, siendo el aspecto principal el que origina el conflicto: la libertad general de acción, pese a su papel conflictivo debe ser el que ha de preponderar, tal como hemos indicado.

Los infinitos conflictos sucesivos particulares se generalizan en conceptos (el movimiento va de lo *singular a lo general*). El método, expresado parcialmente, es el inductivo-deductivo. Lo general es la contradicción entre *libertad y seguridad*, pero esta generalidad solo tiene su explicación en la singularidad de la contradicción (libertad general de acción e interés individual de protección). El carácter *universal* de la contradicción (todos los fenómenos cambian y se desarrollan) reside en la singularidad de cada fenómeno de la realidad.

Resumiendo: El fenómeno penal es un fenómeno complejo, por ello, no solo basta con descubrir su contradicción fundamental, sino comprender las contradicciones particulares del proceso de su desarrollo, las cuales constituyen las contradicciones principales en cada etapa de su desarrollo. Precisamente, en el proceso de su desarrollo, el fenómeno penal presenta tres contradicciones principales. La primera, la contradicción entre libertad general de acción e interés individual de protección; la segunda, la contradicción entre imputado y acusador; y tercero, la contradicción entre contraprestación y víctima. Este proceso de desarrollo del movimiento del fenómeno penal, es *un solo desarrollo, un solo automovimiento que se desenvuelve en etapas, es el movimiento de la Libertad y Seguridad*. Pero esta contradicción se deriva de los fenómenos penales particulares, por lo tanto, no es una contradicción presupuesta o inventada, sino derivada de la contradicciones individuales que se originan en cada conflicto social frente al *ius puniendi*, en consecuencia, es imprescindible comprender el fenómeno penal individual que *empieza con la contradicción reflejada en la norma*: contradicción entre libertad general de acción (el esbozo individual del mundo, que significa que la norma no le compete) y el interés individual de protección; esta contradicción se expresa fácticamente cuando se realiza el *injusto* –el hecho relevante– en el mundo objetivo. De esta manera, se deja en claro que la contradicción entre los conceptos abstractos (libertad y seguridad) derivan de la objetividad de una relación social concreta, que lleva en sí la contradicción particular: *libertad general de acción e interés individual de protección*, que son uno e interdependientes.

## § 2

### Desarrollo del Sistema Penal

#### Dialéctica de la forma y contenido en el Sistema Penal

El Derecho penal, el Derecho procesal penal y el Derecho de ejecución penal son únicamente *forma*. El desarrollo de *la contradicción particular del fenómeno* constituye el *contenido*, su específica cualidad, la cual se delimita en una *forma* determinada, pues esta es el *modo* de existir del *contenido*; en el fenómeno penal la *forma* constituirá un Derecho particular. Esto es así porque todos los objetos, cosas y fenómenos del mundo poseen su propio *contenido* y *forma*, y ambos se encuentran interrelacionados, lo uno no existe sin el otro.

La *cualidad* del fenómeno se expresa en la *forma*; aquella genera a esta última, pero también la forma incide en el contenido (cualidad), su prestación consiste en permitirle su desenvolvimiento al brindarle estabilidad. La delimitación que la *forma* presta al contenido es de un carácter de *conservación* positiva. Aquí se advierte que mientras el contenido es cambiante, la forma es estática.

La interdependencia entre estos aspectos del objeto se manifiesta cuando la contradicción propia del fenómeno se vuelve álgida *por* los cambios cuantitativos, entonces, ya la forma deja de prestar una contribución positiva al desarrollo del fenómeno y pasa a ser un obstáculo para el cambio cualitativo del fenómeno y, por lo tanto, la forma debe ser superada. Al cambiar el fenómeno –una nueva cualidad– surge también una nueva forma.

\*\*\*\*

#### 1. Derecho penal

En fenómeno penal se expresa *objetivamente y en su inicio* en la contradicción entre *libertad general de acción e interés individual de protección*, esto constituye su cualidad, lo que hace que el objeto sea lo que es y no otra cosa, dicho de otro modo, tal contradicción es lo que lo hace ser distinto de *otros fenómenos* como los contenidos en el Derecho procesal penal y ejecución penal. La *forma* de esta contradicción es el Derecho penal sustantivo. Este Derecho estudia el fenómeno delictivo en cuanto *hecho acaecido* y lesionador de un bien jurídico, *independientemente* de su judicialización. Este Derecho expresado científicamente es la Dogmática Penal, a esta ciencia le compete determinar las características y particularidades propias que el hecho requiere para que tal hecho sea delito. La delimitación entre autoría y participación, causas de justificación o acción u omisión, tales disquisiciones sobre el hecho acaecido son, precisamente, la exteriorización de la contradicción. A la dogmática le compete determinar cuándo la libertad general de acción sobrepasa el marco de actuación jurídicamente permitido.

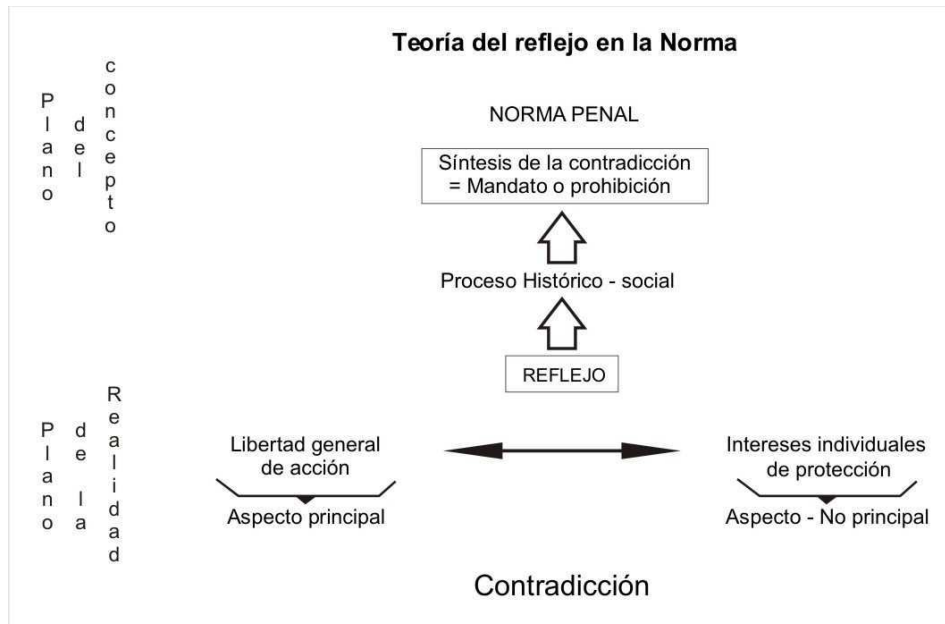
***“El objeto de estudio del Derecho penal es la contradicción entre libertad general de acción e interés individual de protección”***

Pero, ¿cómo se genera este movimiento? Ya se explicó, sin embargo, merece explicarlo nuevamente: La libertad general de acción genera inmediatamente su opuesto, el interés individual o particular de protección; así como en Hegel el *ser* genera su contrario, *la nada*, de la misma forma, la libertad general del individuo lleva en sí mismo su negación, la necesidad de su protección. No existe libertad general de acción unilateralmente expresada, sino que frente a sí siempre se encuentra un interés individual de protección, por lo tanto, una libertad general de acción ya es a su vez un interés individual de protección. La fenomenalización del desdoblamiento se da cuando el ser humano se coloca frente a otro ser humano con la misma capacidad general de actuar, pues el ser humano se explica únicamente por otro ser humano. De esta forma, cada hombre explica la contradicción, ya que frente a la libertad general de acción nunca se halla, tampoco, un interés individual de protección puro, sino un interés tal que posee también libertad.

### 1.1. La norma en general y la norma penal como reflejo de la primera contradicción

La contradicción entre libertad general de acción e interés individual de protección es una contradicción que se da en la realidad, tal fenómeno objetivo desplegado se refleja en la norma, esta última como forma de pensamiento (Principio III = Teoría del reflejo). La contradicción es lo primero, la norma es lo segundo. La norma es el reflejo de una contradicción, la misma que se encuentra en un estado de *diferencia*, respecto de los contrarios. La contradicción deja de estar en *diferencia* y pasa a estar en *oposición* cuando un comportamiento se expresa lesivo a un interés individual.

Al ser la norma (forma de pensamiento) un reflejo de una contradicción que acaece en la realidad objetiva, debe distinguirse los aspectos de la contradicción; esto es, su *aspecto principal* y *no principal*.



**Gráfico N° 2**

Sin duda el aspecto principal *debe* constituir la *libertad general de acción*. Menciono el *debe*, pues muchas veces no suele serlo. Como ya indicamos, cuando el *interés individual de protección* (seguridad) llega a ser el aspecto principal de la contradicción, entonces, la restricción de la libertad y la disminución las garantías será una consecuencia necesaria.

Aquí se constata que la contradicción fundamental (libertad y seguridad), *coincide* con la contradicción principal en la primera etapa (origen) del desarrollo del fenómeno penal particular.

## **1.2. Desarrollo**

El desarrollo de la materia penal (contenido) prosigue su desenvolvimiento, al incidir sobre él «*cambios cuantitativos*», su *contenido* entra en contradicción con su *forma*, que se constituye en traba, de esta manera, llegado el momento de resolverse o solucionarse la contradicción –el punto álgido o *salto*– el fenómeno cambia y, por ende, la forma, llegando a un *nuevo* periodo de relativa estabilidad.

¿Cuáles son esos «cambios cuantitativos» que llegan a modificar cualitativamente el fenómeno inicial? Los actos de investigación fiscal (preliminar y preparatoria en el NCPP). El Proceso penal estricto sensu se inicia con el Auto de enjuiciamiento, porque aquí se esclarece la pretensión penal, sin embargo, este hecho expresa la superficialidad del fenómeno, es decir, la pretensión penal y su esclarecimiento no son otra cosa que la manifestación externa del *cambio del fenómeno*, dicho de otro modo, es el punto nodal hegeliano visto *exteriormente*, pero lo esencial es que el fenómeno ya no es lo que es, su cualidad o la naturaleza de la contradicción mutó y, esta es, la razón última de la explicación del inicio del proceso penal.

La relación de contrarios primigenia (libertad general de acción e interés individual de protección) al ser afectada por los cambios cuantitativos, es decir, por los procedimientos de investigación, provocan un cambio radical en la medida del objeto (unidad de la esencia, cualidad y cantidad), lo cual tiene como consecuencia que llegada cierta fase desaparece la vieja cualidad y surge otra. Este cambio representa un salto.

### **La investigación fiscal = cambios cuantitativos del fenómeno**

(Investigación preliminar y preparatoria)

Los elementos cuantitativos –los actos de investigación– al aumentar conducen a que el fenómeno dé un salto, cambie cualitativamente, iniciando el juzgamiento, esto es, una nueva etapa del desarrollo. Esto no significa que el análisis dogmático del hecho al pasar a una nueva etapa –al Derecho procesal– termine, sino que internamente continuará, pues este no desaparece del todo.

\*\*\*\*

## 2. El Derecho procesal penal.

El nuevo fenómeno ahora es una nueva contradicción<sup>85</sup> o cualidad, esta es entre *acusado y acusador*. Su nueva *forma* es el Derecho procesal penal y su desarrollo el proceso penal. Este último sólo se inicia cuando el fenómeno anterior ha dejado de ser lo que es; cuando el fenómeno dejó de ser contradicción entre libertad general de acción e interés individual de protección y se transformó en otra nueva. Aquí los «*nuevos aspectos cuantitativos*» lo constituyen el contradictorio o juicio oral. Así, nuevamente al resolverse o solucionarse la contradicción surge una nueva etapa del fenómeno penal, con un contenido y forma nueva, en esta oportunidad nos estamos refiriendo a la contradicción entre dolor penal y víctima, y su nueva forma es el Derecho de ejecución penal.

Al afirmar que la contradicción inicial –libertad general de acción e interés individual de protección– se desarrolla y se transforma *cualitativamente* en otra contradicción, no significa que la contradicción precedente haya desaparecido totalmente, sino que la *nueva cualidad o contradicción* recoge lo positivo e importante de lo anterior. De lo contrario no habría forma de explicar el nuevo fenómeno, esto se constata en cuanto, si bien la relación entre imputado y acusador es la principal, se sigue discutiendo si la libertad general de acción se extralimitó o no, pero esto ya pasa a un segundo plano, pues la judicialización del conflicto entraña el enfrentamiento al *ius puniendi* estatal que requiere, fundamentalmente, limitación.

El paso a esta nueva contradicción, como se indicó, no elimina ya de por sí la anterior contradicción, sino que recoge lo positivo de ella eliminando lo viejo. Los elementos eliminados o caducos son los aspectos sociológicos, criminológicos, la influencia de los medios de comunicación, la cuestión sobre la justificación de la pena y su relación con el Estado (circunstancias que rodean al hecho relevante teóricamente), estas cuestiones necesitan ser abandonadas para el análisis a un nivel científico-penal. Se eliminan el aspecto sociológico, por ejemplo, es decir, la explicación general del delito, como las causas de pobreza –no la pobreza individual (pues esta influye en la capacidad individual)–, sino la que explica la pobreza general de la sociedad, así como la forma de Estado o Constitución, pues tales circunstancias en ese preciso momento constituyen una traba que si nos quedáramos en la discusión sobre ello, no es posible la continuación del desarrollo. En un proceso penal no se puede absolver a un imputado bajo el argumento que vivimos en un país de extrema pobreza, o donde no existen condiciones de seguridad o poca presencia del Estado.

Esta nueva contradicción cualitativamente diferente –contradicción entre imputado y acusador– es el objeto de estudio de la Ciencia procesal penal y *no el proceso*. El proceso es el resultado de cómo la relación entre imputado y acusador se ha desenvuelto, lo que significa que para poder comprender el proceso es preciso comprender dicha relación, es decir, para saber por qué la institución es de una forma y no de otra, se debe indagar sobre la naturaleza de dicha

---

<sup>85</sup> Advierte que la esencia del Derecho procesal penal es una contradicción o antinomia entre el interés en la búsqueda de la verdad y el interés del procesado en la salvaguardia de sus derechos individuales, C. Roxin, “*La protección de la persona en el Derecho procesal penal alemán*” (conferencias), trad., de M<sup>a</sup> del Carmen García Cantizano, en *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, Valencia: Tirant lo blanch, 2000, p. 121.

contradicción. Es muy aleccionador el ejemplo que voy a poner, el cual está referido al camino y al caminante, lo cual me vino a colación por los versos del poeta español Antonio Machado: “*caminante no hay camino, se hace camino al andar*”. Cuando vamos por una senda normalmente no prestamos atención a su origen, sino simplemente lo vemos como “puesto ahí”, y lo seguimos, pues es la guía. Sin embargo, para saber por qué el camino se ha orientado por tal o cual dirección, no existe otra forma de saberlo, sino solo a través del caminante que delineó la senda; él es la razón por la cual el camino se hizo.

Así pues, el proceso penal no existe independientemente de la relación contradictoria que lo forma, y esta es la relación entre acusado y acusador. Para saber la historia del proceso penal se tiene que recurrir a la investigación de cómo fue la relación de estos en sus distintas etapas. Cuando se estudia el proceso penal inquisitivo, se advierte que la relación era desigual y carente de garantías. El Estado, representado por el ente persecutor del delito, era quien preponderaba, de esa forma, el proceso penal no podía ser de otro modo que inquisitivo; no hay otra forma de darle explicación.

En conclusión, el objeto de estudio del Derecho procesal penal es la relación entre inculcado y acusador (garantías penales y *ius puniendi*). El *procedimiento* es la manifestación externa del fenómeno, forma externa o apariencia, no es la *forma* que venimos estudiando, que es la *forma interna* (= Derecho particular). El proceso penal es el desarrollo de la cualidad, es el desenvolvimiento abstracto, en cambio, el procedimiento –al ser manifestación externa expresada en el juicio oral– es su cantidad, los rasgos característicos de manifestación de la cualidad.

***“El objeto de estudio del Derecho procesal penal es la contradicción entre inculcado y acusador”***

**El juicio oral = «nuevos» cambios cuantitativos del fenómeno**  
(Contradictorio)

Además, el Derecho procesal penal es la superación del Derecho penal.

\*\*\*\*

### **3. Derecho de ejecución penal**

El proceso del movimiento del fenómeno penal continúa y la contradicción anterior se transforma cualitativamente tras la sentencia, es decir, luego de resolverse la contradicción entre acusado y acusador. El nuevo punto nodal hegeliano es la sentencia, tras de lo cual surge un nuevo fenómeno.

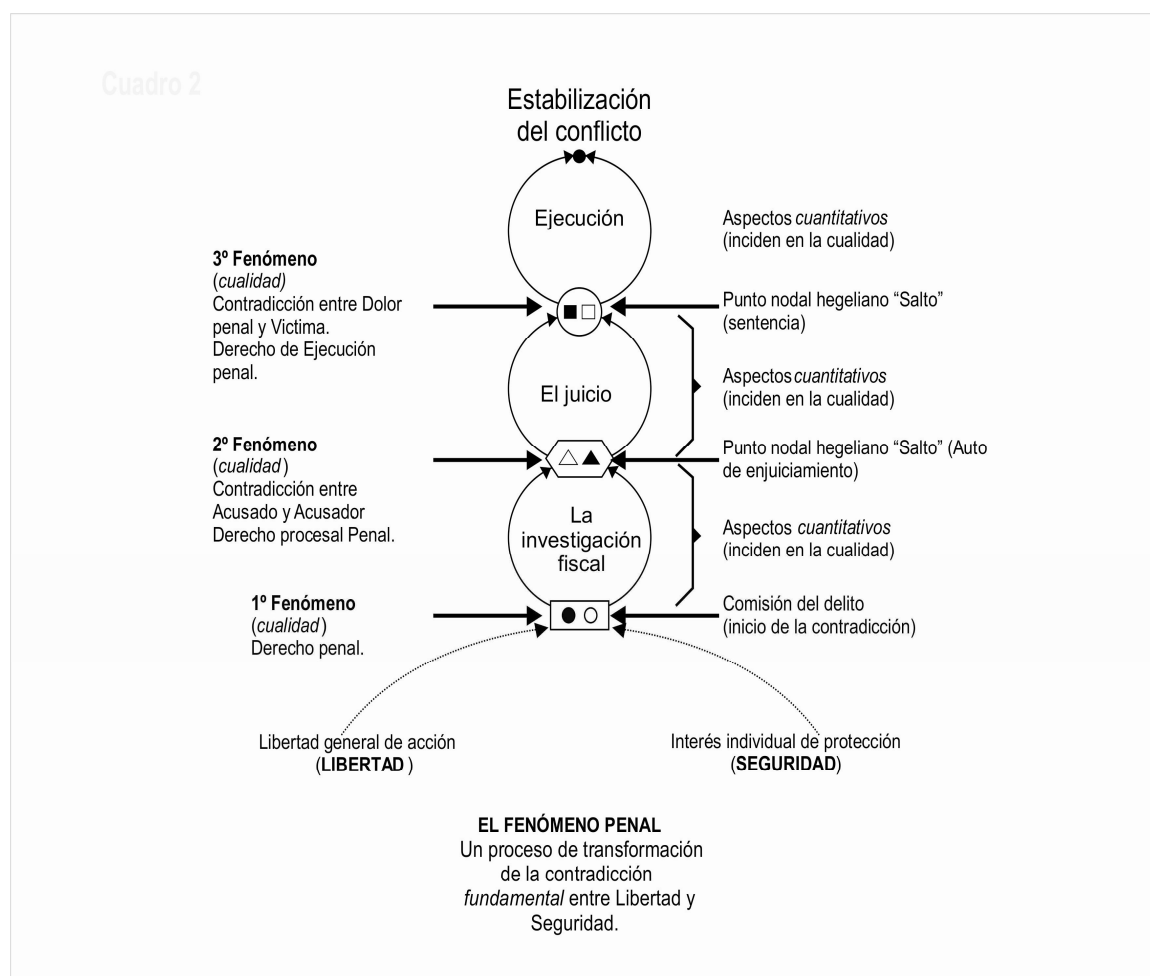
***“El objeto de estudio del Derecho de ejecución penal es la contradicción entre contraprestación (dolor penal) y víctima”***

**La privación fáctica = ««nuevos»» cambios cuantitativos del fenómeno**

Finalmente, el desarrollo completo del fenómeno penal que se ha descrito líneas arriba, ya venía siendo expresado por el profesor Bustos Ramírez. Así pues, en

sus *Obras completas* manifiesta que «[l]a estructura de *todo el sistema jurídico*, por tanto no sólo del penal, *ha de ser reflejo de toda la sociedad de que se trate y de su complejidad*, así como también del complejo de vinculaciones entre los sujetos»<sup>86</sup>. En efecto, la base social y toda su complejidad, es decir, las relaciones de poder, no deben ser prescindidas por el Sistema jurídico en su conjunto, si este quiere al menos orientar verdaderamente el comportamiento y solucionar un conflicto. Por otra parte, sobre la *norma jurídica* tal como lo señalamos, esta es reflejo de una relación social concreta en conflicto –una contradicción– que acaece en la realidad, lo cual a nuestro criterio es también expresado por el autor, «[e]n lo que se refiere a su origen, la norma penal en un Estado social y democrático de Derecho surge desde la base social como resultado de un juego interactivo de los sujetos que lleva dentro un conflicto a un compromiso entre las partes»<sup>87</sup>.

Conclusión: he logrado unir al derecho penal, procesal penal y ejecución penal, lo cual desde mi punto de vista se habían divorciado por la unilateralidad de los estudios dogmáticos en dichas áreas.



**Gráfico N° 3**

<sup>86</sup> J. Bustos Ramírez, *Obras Completas (El derecho penal objetivo)*, t. I. 2004, pp. 517 y s. (el resaltado es nuestro).

<sup>87</sup> J. Bustos Ramírez, *Obras Completas*, t. I, 2004, p. 514.



### Capítulo III

#### La teoría dialéctica del conocimiento en la Teoría General del Derecho

#### Relevancia de la obra de K. Larenz<sup>88</sup> “*Metodología de la ciencia del Derecho*”

##### 1. Dialéctica del conocimiento en la Teoría General del Derecho

El hegeliano Karl Larenz, y aquí lo seguimos, establece que *la comprensión* de las expresiones lingüísticas (leyes, resoluciones de los tribunales y actos administrativos), se logra mediante el interpretar (= decidirse por una entre muchas posibles interpretaciones, esto es «un hacer mediador», que hacen aparecer precisamente a ésta como la aquí “pertinente”). Pero *la comprensión* es únicamente posible por *la naturaleza de la interpretación* –comprender mediante el interpretar– ¿cuál es esa? Su naturaleza «circular».

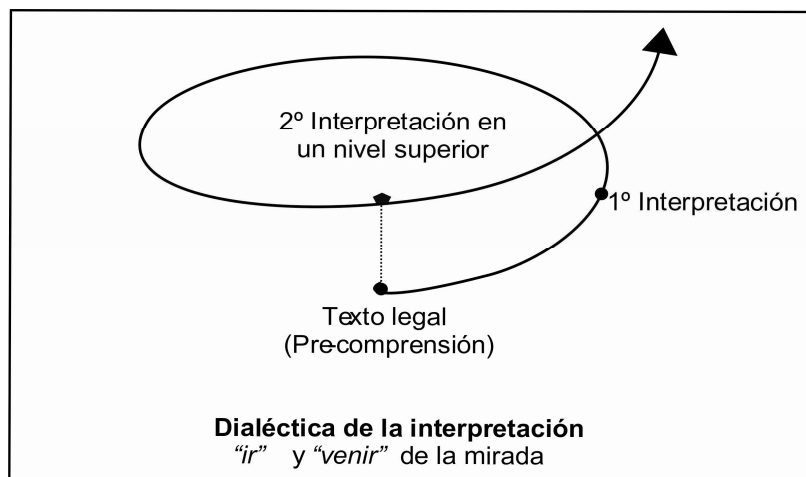
«La imagen de “círculo” no es precisamente afortunada, en cuanto el movimiento circular del comprender no retorna sencillamente a su punto de partida –entonces se trataría de una tautología–, sino que eleva a un nuevo grado la comprensión del texto. Si el significado de una palabra primeramente aceptado por el intérprete no concuerda con la conexión de sentido del texto, tal como éste se descubre al intérprete a continuación, entonces el intérprete rectifica su primera suposición; si los posibles significados (aquí imaginables) de la palabra ofrecen una conexión de sentido diversa a la primera conjetura por el intérprete, éste rectifica su conjetura. El proceso de mirar hacia delante y hacia atrás puede tener que repetirse múltiples veces, sobre todo cuando primeramente sólo se había contemplado una parte del texto (...). Aun en el caso en que se confirme, en plena medida, su inicial conjetura de sentido, el intérprete ya no está situado en el mismo punto, ya que la nueva sospecha o suposición se ha convertido ahora en certeza; (...).

---

<sup>88</sup> No sólo valoramos su dogmática, sino también su filosofía, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad., de Luis Díez-Picazo, Madrid: Civitas, 1ª ed., 1985, reimpresión, 2001, obra en donde busca trascender al derecho positivo, es decir, *tender un puente* entre la búsqueda, por parte de los juristas, de decisiones justas de derecho positivo en casos concretos con una Ética jurídica, base última de validez de las normas, materia de los filósofos.

El proceso del comprender no transcurre, por tanto, únicamente *en* una dirección, “linealmente” (...), sino en pasos alternos, que tienen por meta un recíproco esclarecimiento de uno mediante el otro (...)»<sup>89</sup>.

La descripción gráfica sería de la siguiente manera:



**Gráfico N° 4**

La descripción de Larenz es, precisamente, el contenido de la dialéctica en el pensamiento. La dialéctica, como ya se señaló, es la ciencia de las leyes generales del movimiento, tanto del mundo exterior como del pensamiento humano. Aquí se expresa el contenido de la *ley de la negación de la negación*, ley que explica el desarrollo progresivo que va de lo simple a lo complejo y de lo inferior a lo superior. Consideramos que la palabra “circular” no es apropiada como el mismo Larenz ha indicado, sino que es mejor hablar de un desarrollo *helicoidal*, ya que el punto final coincide con el inicial, pero en un nivel superior; de esta manera, se mantiene y conserva todo lo positivo de las fases anteriores, que reproduce a un nivel superior algunos aspectos de las fases iniciales.

Cuando se emprende la comprensión *mediante* la interpretación, el sujeto cognoscente aprehende una primera impresión, la misma que se le va a presentar una y otra vez –el “ir y venir de la mirada” que Engisch indica–, tal desarrollo va a producir luego un “salto o cambio” en el proceso de la comprensión, que es parte del proceso de conocimiento hasta llegar a la certeza o verdad objetiva. Y como se indicó el proceso no acaba aquí.

Ahora bien, Larenz precisa que este proceso ocurre no solo en la interpretación de textos, sino también en el proceso de aplicación de una norma a un determinado hecho, entonces tenemos:

- 1.- Dialéctica de la interpretación de la norma, y;
- 2.- Dialéctica de la aplicación de la norma a un hecho.

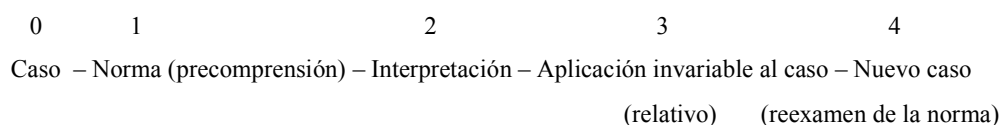
<sup>89</sup> K. Larenz, *Metodología del la Ciencia del Derecho*, 1980, p. 195.

Nosotros en el presente capítulo desarrollaremos la aplicación de la norma en la *Teoría General del Derecho*, en los capítulos IV y V, desarrollaremos la dialéctica en el Dogmática penal específicamente.

Por otra parte, indica Larenz que al principio del proceso del comprender existe una «precomprensión» en el intérprete, el cual es producto de un largo proceso de aprendizaje. En efecto, el largo proceso de aprendizaje no puede ser otro que el que los juristas y los operadores del Derecho han reunido en el proceso histórico de su participación en el campo jurídico. Y esto es así, puesto que los conocimientos de una persona provienen de dos sectores: uno proviene de la experiencia directa y el otro, de la experiencia indirecta. En la ciencia jurídica, casi la totalidad de los conocimientos son indirectos, son el resultado de investigaciones precedentes; y es lo que hace que ellos tengan una precomprensión, no hay ningún operador del Derecho, que al interpretar un texto jurídico no tenga una idea de lo que va a interpretar, siempre se tiene un “parecer” mínimamente fundado, una conjetura.

En cuanto a la interpretación y aplicación de la norma, en general, Larenz exige tomar atención a la distancia existente entre la necesaria generalidad de la norma y la singularidad de cada “caso” concreto. Por tal motivo, es preciso concretizar la norma en el proceso de su aplicación, y al lograrse se sienta una medida, la cual sirve para el enjuiciamiento de otros casos. Asimismo, siguiendo una línea dialéctica, la concretización de la norma –a través de la interpretación– para su invariable aplicación, seguirá siendo objeto de interpretación con el objeto de concretizar, precisar y modificar su contenido. Como se observa, la interpretación de la norma dada por los tribunales que al lograrse posee, en un inicio, una invariabilidad expresada en la aplicación (y así debe ser, a efectos de asegurar justicia a los casos concretos) lleva dentro de sí el germen de su modificación, en consecuencia, la aplicación de tal o cual norma a un nuevo caso exige su reevaluación, lo que evidentemente expresa su contenido dialéctico.

Lo dicho se podría expresar en el siguiente diagrama:



El *nuevo caso* genera un *nuevo proceso de interpretación de la norma*, el cual “culmina” en el estadio de la aplicación invariable (punto 3), no es el retorno al mismo punto, sino a una *nueva* interpretación que genera una nueva aplicación invariable, o mejor dicho, retorna al mismo punto, pero a un nivel superior.

Asimismo, Larenz precisa que el comprender –mediante el interpretar– una norma requiere del descubrimiento de la valoración en ella decretada y su alcance, pues en aquella subyacen intereses donde uno prepondera sobre otro (bienes que se protegen y otros no, conductas sancionadas y otras permitidas, y restricción y negación de derechos). El descubrimiento de la valoración nos lleva a la categoría del «enjuiciamiento».

## 2.- Subsunción y enjuiciamiento<sup>90</sup>

### 2.1. La subsunción como relación puramente lógica

Es harto conocida la afirmación de que *el hecho es quien se subsume a la norma* –más específicamente al supuesto de hecho de la norma jurídica– y como consecuencia de ello, es decir, de la adecuación *del hecho o conducta* a la descripción general y abstracta del supuesto de hecho, la afirmación lógica de que *el hecho es jurídico*; así pues, por deducción, en Derecho penal diríamos que *la conducta es típica*.

Sin embargo, tal razonamiento arraigado en los estudiantes –desde el primer año de Derecho– es del todo errado. Así pues, no existe posibilidad lógica de subsumir un hecho –natural o humano, incluso un efecto jurídico– al supuesto de hecho de la norma; no subsumimos un hecho a la norma, sino que equiparamos homogéneamente *una descripción* del hecho acaecido (idea) con *la descripción* del supuesto de hecho de la norma (idea).

¿Cómo ocurre ello? El *hecho* se encuentra en el plano ontológico (del ser, de la realidad); el supuesto de hecho de la norma, en cambio –como concepto lingüístico– se muestra en el plano normativo; esta dualidad y paralelismo nos lleva a la irremediable imposibilidad lógica de vincular ambos planos: el hecho en sí *con* el concepto normativo (supuesto de hecho); entonces, ¿cómo llegamos a afirmar que algo es *relevante* para el Derecho? El razonamiento se explicaría así, en principio –como ya afirmamos– no subsumimos el hecho a la norma, sino esencialmente describimos el hecho<sup>91</sup> (por ejemplo una conducta lesiva) –emitimos juicios descriptivos en principio, y juicios de valor sobre aquel– y lo situamos en el mismo plano del supuesto de hecho, o sea, en el plano del concepto –proposición lingüística– descriptivo-normativo. El resultado de dicho proceso es la obtención de dos conceptos; primero: del concepto del hecho, y segundo: del que previamente se tenía, es decir, el supuesto de hecho<sup>92</sup>. La *subsunción* por lo tanto, partiendo de las premisas de N. Irti, solo sería la *relación lógica* entre el concepto normativo, supuesto de hecho o *representación* del hecho eventual y la *representación* del caso particular (hecho existente o acaecido), así únicamente es posible subsumir si hay *homogeneidad* entre lo que se pretende vincular<sup>93</sup>. En suma, subsunción es la adecuación, más precisamente reconducción lógica de la

<sup>90</sup> Esto ya lo sostuve en la III Jornada Internacional de Derecho Penal realizado en Huánuco 2009, en mi ensayo “*Relevancia, subsunción, y «hecho jurídico»*. Un esbozo sobre el concepto de imputación”, publicado en *Revista de Análisis especializado en jurisprudencia* - RAE, Dir. Giovanni Priori Posada, Ediciones Caballero Bustamante, Año III, T. 30, diciembre, 2010, pp. 95/103.

<sup>91</sup> K. Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 1980, p. 272, aquí pone de manifiesto la distinción del hecho en cuanto acontecimiento y en cuanto enunciando.

<sup>92</sup> En preciso indicar que no realizamos el proceso inverso, es decir el de colocar el supuesto del hecho, que se ubica en plano conceptual normativo, al mismo plano del que se encuentra el hecho, ello por la sencilla y razonable imposibilidad humana que no podemos hacer aparecer conductas u hechos de la nada, hechos no reales que nos son referidos por los esquemas típicos de la norma. Sin embargo, si es posible hacer el proceso de conversión de un hecho en su representación gracias al *lenguaje*. Cfr. K. Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, «El hecho en cuanto enunciado debe reproducir el hecho acaecido por medio del lenguaje y de las formas de expresión de que dispone...», p. 301.

<sup>93</sup> Irti Natalino. *Relevancia Jurídica*. “*Rilevanza Giuridica*”, en *Jus Rivista di Scienze Giuridiche*. Pubblicata a cura dell’Università del Sacro Cuore. N.S. Anno XVIII Gennaio-Giugno. Fasc. I-II. 1967, Milano, versión preliminar del original de José Luis Gabriel Rivera, ex alumno de la UNMSM. [pp. 55-108 del original], pp. 39 y ss.

representación del hecho acaecido al esquema típico (supuesto de hecho o representación del hecho eventual)<sup>94</sup>.

Es preciso señalar que, el carácter definitorio de la representación del hecho acaecido lo presta el derecho objetivo; hasta esta primera parte afirmamos que el *hecho relevante* es aquel que ha sido individualizado y predicado (calificado) por el derecho objetivo, así en Derecho penal sólo será el derecho objetivo. Pero quedarnos aquí nos relegaría a un oscuro normativismo formal, pues si bien es cierto, el primer criterio y más importante para determinar la relevancia de un hecho es el derecho objetivo, este solo es posible entenderlo en la configuración social concreta; el sentido de la norma y la conducta es adquirido a la luz de la interrelación social, pues muchas representaciones de hechos son reconducidas al esquema típico, pero no tienen la suficiente capacidad expresiva para ser tomadas en cuenta por el Derecho.

En consecuencia, no existe *hecho jurídico*, el hecho permanece en el plano óntico, de la naturaleza, *lo jurídico es la representación del hecho acaecido*: El hecho es relevante pero no es jurídico; nuevamente, lo jurídico es la representación del hecho acaecido que ha sido reconducido al esquema típico. Dicho de otro modo, no es posible *adjetivar* el hecho natural con el concepto *jurídico*, que se mueve en un plano distinto a aquel.

## 2.2. El enjuiciamiento

Esta reducción de la subsunción a la *relación lógica* entre conceptos –entidades ideales– nos lleva a preguntarnos cuál es el *proceso* configurativo más importante, vale decir material y no solo formal al que hemos hecho alusión, en la determinación de la calificación de un hecho como *relevante* para el Derecho y, asimismo, para la atribución de responsabilidad (imputación), ya que existe la necesidad de superar la reducción del Derecho a una pura lógica jurídica, tal como H. Kelsen en su momento redujo al Derecho, claro con la intención admirable y aplaudible de desvincular a este de todo elemento ideológico y político<sup>95</sup>. Sin duda, y siguiendo a K. Larenz, tal proceso *es la determinación de la representación del hecho existente*, es decir, *el enjuiciamiento*<sup>96</sup>; dicho en otras palabras, la conversión conceptual lingüística de lo natural (del hecho).

El *enjuiciamiento* es el proceso intelectual complejo que busca delimitar las características sobresalientes, es decir, las notas distintivas, del hecho en función de la norma<sup>97</sup>, v. gr. Ticio construye una casa sobre toda la propiedad inmueble de Sempronio sin su consentimiento; esta es la representación lingüístico-conceptual del hecho acaecido, que recoge los datos más resaltantes del *factum*, esta descripción no es del todo arbitraria sino que ha sido elaborada en función de una norma, por ejemplo de responsabilidad civil; nótese que sobre *el mismo* hecho

---

<sup>94</sup> Así pues, por otro lado, también es desafortunada la concepción que refiere que la subsunción es la reconducción de un concepto particular a uno más general –supuesto de hecho, a esto se opone K. Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, p. 268, «no se subsumen los hechos –¿cómo habría de ser posible esto?–, sino *enunciados* sobre un hecho como hecho acaecido»; véase, al respecto, también, sobre el problema de la subsunción, Karl Engisch, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad., de Ernesto Garzón Valdez, Madrid: Ediciones Guadarrama, 1967, pp. 75 y s.

<sup>95</sup> No obstante, es innegable la vinculación del derecho con la política.

<sup>96</sup> Larenz K. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, pp. 268-269.

<sup>97</sup> El enjuiciamiento precisa no sólo de juicios descriptivos, sino de juicios normativos, así por ejemplo el concepto de ajenidad, bien mueble, hurto, funcionario público etc.; interpretar, pues, en orientación a los *finés del derecho penal*.

alguien hubiese descrito como sigue: Ticio vestía un pantalón y camisa azul y provisto de pico y pala excavó un surco al cual depositó concreto; pero, ¿por qué no fue esta y no aquella la descripción del hecho?, es por la sencilla razón de que *en Derecho* describimos y valoramos las cosas en función de la norma, en este caso una norma de prohibición de no interferir en la propiedad ajena –la norma es quien impone la pauta–. En efecto, en Derecho penal de igual manera, describimos y valoramos la conducta, por ejemplo, de Primus y Secundus quienes han favorecido a Tercius, entregando una cantidad de dinero a Cuartus a fin de que este asigne ilegalmente lotes petroleros a Tercius; como se podrá inferir, se hubiese descrito el hecho de muchas y diversas maneras del todo intrascendentes, pues el enunciado sobre el hecho puede ser y es infinitamente extenso<sup>98</sup>, la orientación *para su limitación* lo aporta la norma jurídica –en este caso la norma que prohíbe la corrupción de funcionarios–, es esta quien individualiza el hecho, este ya no es tan rico en sus características como en su estado óntico, sino solo importan aquellas que el derecho objetivo las contenga; ya no importará, pues, mucho, por ejemplo, el lenguaje extremadamente coloquial con el que Primus y Secundus pudieron haber concertado sus actividades ilícitas. Sobre la base del ejemplo, podemos decir, que el enjuiciamiento, en tanto categoría, constituye el reflejo de lo que aprehende, es decir, de su objeto de conocimiento (el comportamiento humano en su contexto social con sus contradicciones internas); de esa forma, *el enjuiciamiento adquiere movimiento dialéctico como su objeto de conocimiento*.

Ahora bien, es preciso resaltar que tal determinación de la representación del hecho se valdrá de distintos criterios según *lo determine la dogmática de cada rama del Derecho*, en el caso del Derecho penal con criterios normativos orientados y funcionalizados al fin de protección subsidiaria de bienes jurídicos.

### 3.- Resumen

Existe un *hecho* el cual es *enjuiciado*, el resultado de ello es la *representación conceptual del hecho* que es reconducida (proceso de subsunción) a la *representación también conceptual del hecho eventual* contenida en la *fattispecie*. La homogeneidad de ambos conceptos y sus características es una relación lógica que ha determinado el carácter *relevante* del hecho. De aquí que no haya conducta típica (para todo el Derecho: «hecho jurídico»), sino descripción de la conducta lesiva *típica*.

Así pues, cuando recurrimos a la expresión de *conducta típica* –afirmación que es errada– en propiedad estamos haciendo referencia al *sentido típico*, es decir, a la descripción del *sentido* de la conducta (previo enjuiciamiento) concordada con el supuesto de hecho: en palabras de Binding<sup>99</sup> se diría que se ha cumplido la ley penal, pero más que el cumplimiento de la ley o la *descripción* del sentido de la conducta, lo que trasciende es el sentido o significado mismo de la conducta que

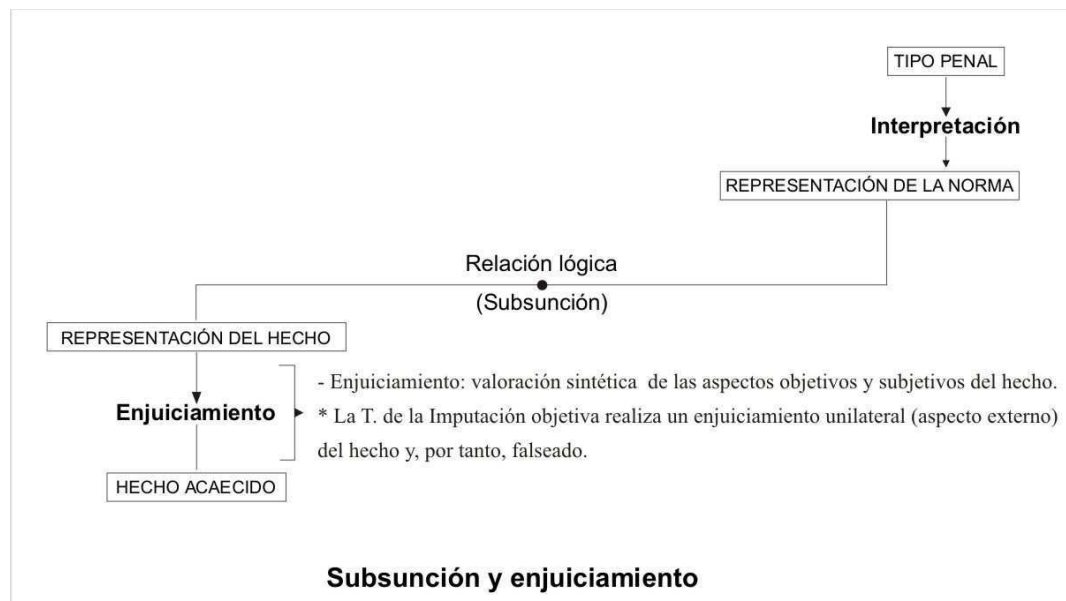
---

<sup>98</sup> La descripción de un hecho de la realidad, por sus características, es altamente rico en contenido que su descripción nos llevaría al innecesario gasto de soporte para la descripción, piénsese lo que nos tomaría hacer la descripción de la vida de un personaje sobresaliente o de un hecho trascendental en la historia. Al respecto sobre los datos distintivos del hecho, Cfr. K. Larenz, *Metodología del la Ciencia del Derecho*, p. 269.

<sup>99</sup> Cfr. Armin Kaufmann, *Teorías de la Normas. Fundamentos de la Dogmática penal contemporánea*, versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires: Edit. Depalma, 1977, aquí señala que «el delincuente realiza el tipo penal de la ley, es decir, no viola para nada la ley», p. 23.

ha transgredido el *orden de validez* establecido por las normas, ya sea como imperativo (función de determinación), como disposición o como expectativa normativa.

El *enjuiciamiento* como proceso fundamental para la obtención de la representación del hecho concreto no debe solo atenerse a la comprensión total del ordenamiento jurídico, sino que debe estar estrechamente vinculado al desarrollo evolucionado de una sociedad, ya que los tipos o esquemas normativos –supuestos de hecho– no son meras y simples descripciones de comportamientos humanos desvinculados de la sociedad; dicho en otras palabras, no se debe prescindir del contexto en donde se desenvuelven, sino que ellas son unidades de sentido social. Ello, por lo tanto, implica de manera absoluta la obtención, también, *del sentido de la conducta* derivada de la representación del hecho, es decir, no es subsumir las representaciones del hecho eventual (1) y el acaecido (2) sin más, sino esencialmente *el sentido* del supuesto de hecho (3) y el sentido de la representación de la conducta (4). La adopción de estos cuatro esquemas es fundamental para la afirmación de un *sentido típico*, relevante para el derecho y la sociedad. Es necesario el enjuiciamiento, pero según el estadio de la configuración de la sociedad, en su constante devenir contradictorio y circular de lo inferior a lo superior (de lo particular a lo general y viceversa).



**Gráfico N° 5**

#### **4. Carácter universal del *enjuiciamiento***

El enjuiciamiento no es propio de determinada rama del Derecho, como del Derecho penal donde cumple la tarea de fijar el sentido delictivo de un comportamiento, sino que se ajusta perfectamente a toda la dogmática del Derecho, tal como el Derecho civil, comercial, etc., ya que las normas de regulación de la conducta que forman el Derecho no son meras descripciones sin sentido de la realidad, sino que todas ellas están dotadas de contenido social, propio de la configuración de la sociedad moderna.

## Capítulo IV

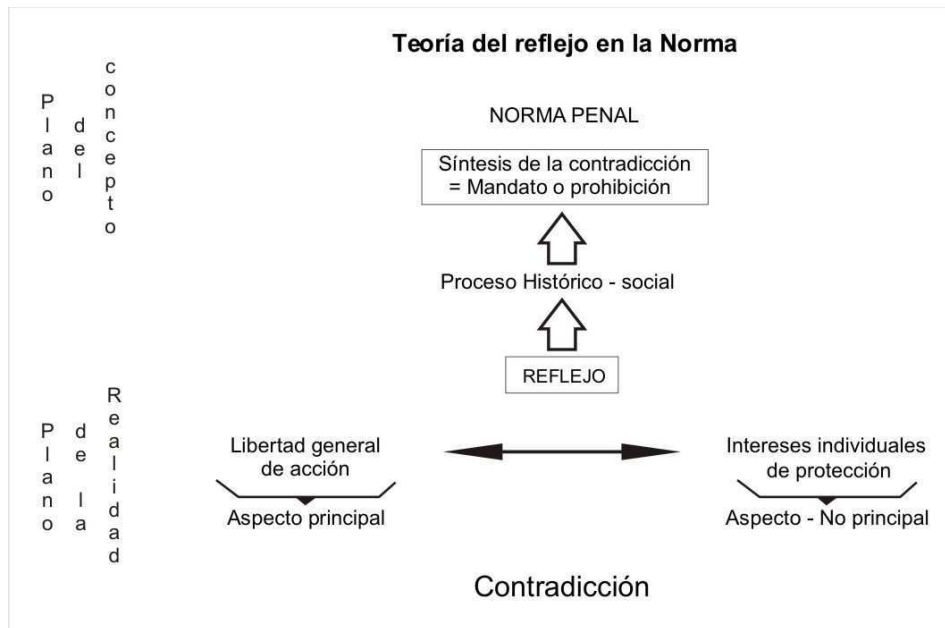
### Aplicación de la dialéctica a la Dogmática Penal

Hemos señalado que el fenómeno penal tiene un movimiento particular, el cual fundamentalmente se efectúa por la contradicción entre *libertad y seguridad*, asimismo, que esta contradicción tiene un desarrollo que se desenvuelve en tres etapas, las cuales hacen que el fenómeno penal se exprese cualitativamente diferente en cada una de ellas. Ahora, queda por *desarrollar el movimiento del fenómeno penal en su primera etapa*, que consiste en la contradicción entre *libertad general de acción e interés individual de protección*, aplicando la categoría del *enjuiciamiento* de Larenz, así como describiendo *el movimiento* del proceso de valoración del hecho (de lo inferior a lo superior), que es calificado como delito.

#### 1. Dialéctica de la estructura del delito

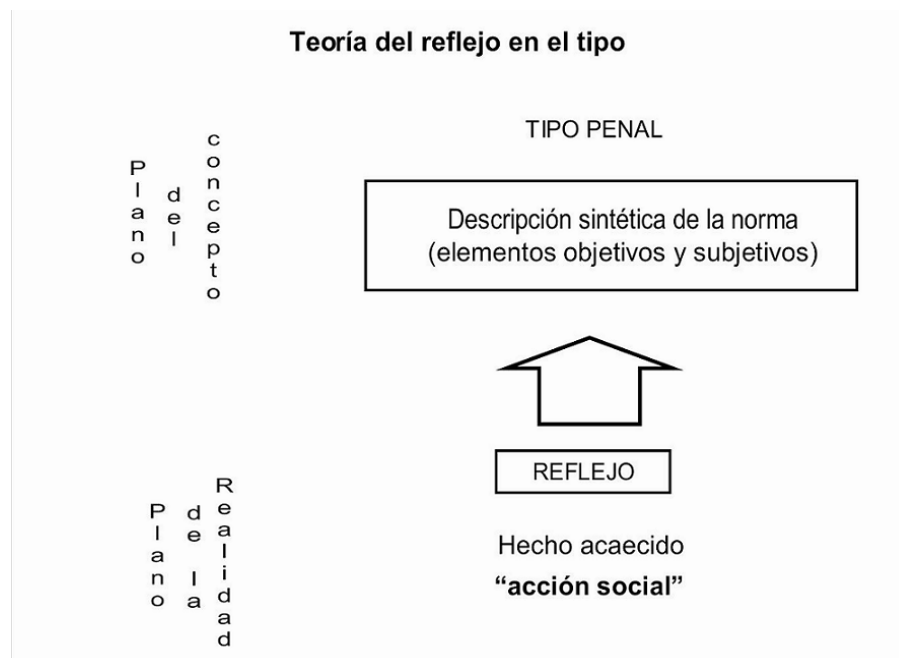
Nuevamente, hay que recordar que la *norma penal*, que es una valoración que se expresa conceptualmente en el tipo penal, *es el reflejo de una contradicción existente en el mundo objetivo*.





**Gráfico N° 6**

Otra cosa que se ha de distinguir –siguiendo la tesis del reflejo– y no debe confundirse con el reflejo de la *primera contradicción principal en la norma*, es el reflejo de la *acción humana en el tipo penal*. Tipo y norma son dos cosas distintas, y sus reflejos también.



**Gráfico N° 7**

Así las cosas, en el ámbito del Derecho penal partiremos del hecho acaecido y su relación con el tipo penal.

El tipo *es* la descripción de las características más sobresalientes y comunes de un hecho que se ha desvalorado; y esta descripción se logró, únicamente, a través de un largo proceso histórico inductivo-deductivo; partimos del análisis de casos particulares hasta llegar a la generalización expresada en el tipo penal.

Ahora bien, cuando se analiza un caso particular –un hecho acaecido– con el objeto de obtener de ello *la representación del hecho existente*, es decir, la conversión conceptual-lingüística de lo natural, no se puede prescindir de la valoración, ya que, como se precisó más arriba, hay que descubrir la valoración contenida en ella.

En consecuencia, la tipicidad no puede ser, ni lo es, la simple adecuación o reconducción del hecho al supuesto de hecho de la norma, pues este procedimiento es el cometido de la *subsunción*. *La tipicidad, es algo mucho más complejo, es el enjuiciamiento del hecho con relación a un tipo penal*; y todo su contenido no es otro que el descrito en el capítulo III.

Por ejemplo, la Teoría de la imputación objetiva (Roxin y Jakobs) muestra que la valoración de una conducta como típica, no son simples reconducciones o constataciones de los hechos ontológicamente presentados, sino constituyen un proceso de valoración complejo, pues si bien realizan valoraciones unilaterales (imputaciones independientes al tipo objetivo y subjetivo) –lo cual me ha llevado a rechazarla– muestra de todos modos, en esa unilateralidad, complejidad.

### **1.1. Primer enjuiciamiento: La tipicidad**

En principio el hecho es enjuiciado, lo cual ocurre indisolublemente unido con la interpretación de los preceptos jurídicos; luego, obtenidas las representaciones conceptuales *del hecho acaecido* y *del tipo penal* (primer supuesto de hecho) se lleva a cabo el proceso de subsunción, esto es, la reconducción lógica. El resultado de tal procedimiento es que el hecho –la conducta– *es relevante jurídico-penalmente*, dicho en otras palabras, el comportamiento es desvalorado en tanto se ha opuesto al mandato o prohibición.

Este primer enjuiciamiento que determina la tipicidad de la representación del hecho acaecido arroja una valoración negativa (función indiciaria). Ahora bien, la importancia de este enjuiciamiento es que *permite pasar a la realización de un segundo enjuiciamiento más completo y ¡nada más!*

### **1.2. Segundo enjuiciamiento: La antijuridicidad**

Por su parte, el segundo supuesto de hecho es mucho más complejo, y dicha mayor complejidad radica en que precisa de todas las descripciones legales (supuestos de hecho) *que contienen permisiones*. Por lo tanto, el nuevo supuesto de hecho típico ha de ser completado por otras prescripciones del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Seguidamente, por segunda oportunidad, se realiza el enjuiciamiento de la conducta –del mismo hecho acaecido– pero *ya no solo con relación al supuesto típico, sino que además de este se han sumado los supuestos legales que justificarían la conducta*. Asimismo, nuevamente se realiza el proceso de interpretación de los preceptos jurídicos aplicables al caso, y, finalmente, también

una nueva subsunción es realizada, alcanzándose una segunda valoración. Tal valoración es *la valoración del injusto*.

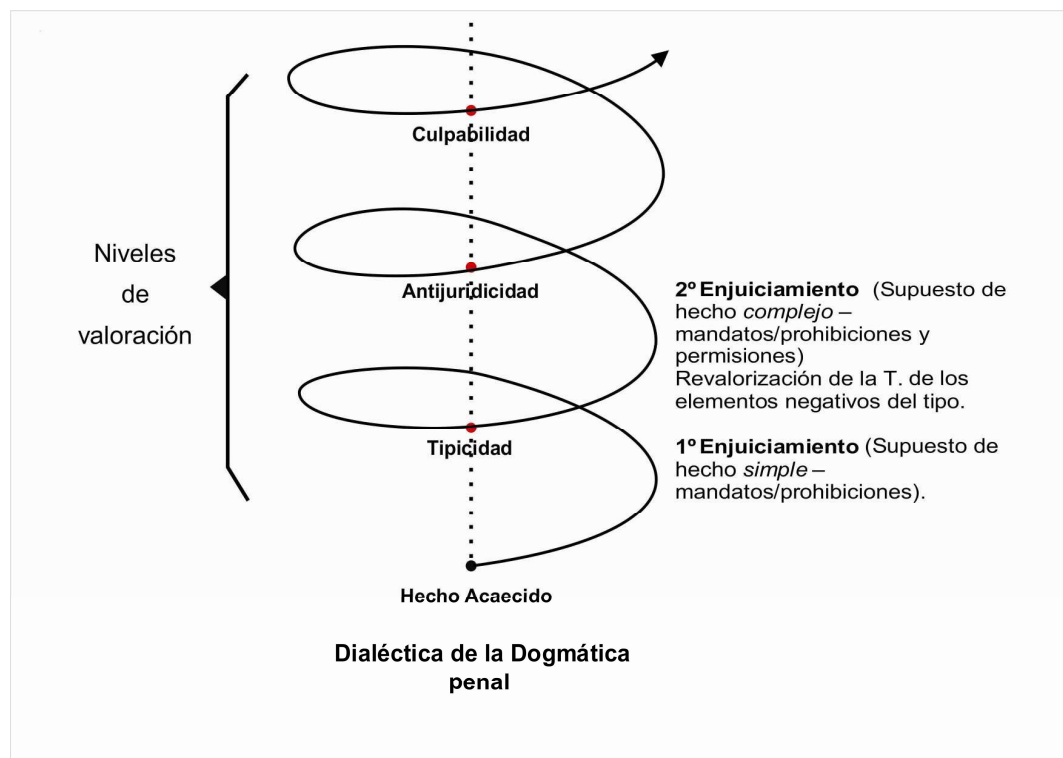
Como se observa no existe una sola valoración del hecho sino dos, no obstante, tales valoraciones no son las mismas que el proceso de valoración teóricamente dominante (se valora la acción –tipicidad– y, luego, su justificación). Lo que planteo es que el proceso de valoración es helicoidal y no escalonado.

*Primer enjuiciamiento:* (primer giro cíclico ascendente)

hecho acaecido - tipo penal (supuesto de hecho *simple*)

*Segundo enjuiciamiento:* (segundo giro cíclico ascendente)

hecho acaecido - tipo penal y permisiones (supuesto de hecho *complejo*)



**Gráfico N° 8**

¿Por qué realizar dos veces un enjuiciamiento *con el tipo penal*? La respuesta se encuentra precisamente en que la atribución de responsabilidad penal se ha de establecer sobre la base de las capacidades concretas del autor. Por tal motivo, *la antijuridicidad* no puede ser simplemente la constatación de que la conducta desvalorada por el tipo no se encuentra justificada por el ordenamiento. Al tener por esencia de la responsabilidad penal las capacidades concretas del individuo, la interpretación de los supuestos de hechos de las causas de justificación han de aportar una nueva comprensión de tipo penal, un nuevo sentido. La sola interpretación del *tipo penal* –su representación conceptual producto de la interpretación de sus elementos objetivos y subjetivos– y el primer enjuiciamiento

no puede agotar el análisis de la conducta, pues como se indicó, la primera valoración únicamente permite pasar al segundo enjuiciamiento, el cual determinará, finalmente, lo insoportable del comportamiento para el ordenamiento jurídico en su conjunto.

La descripción antes esbozada es necesaria para completar el proceso de conocimiento, comprensión y aprehensión del sentido delictivo de un comportamiento, *¡la valoración del hecho regresa al mismo punto pero en un nivel superior!*

De este último párrafo se desprende la *revalorización* de la Teoría de los imperativos (expresada en el Derecho penal como Teoría de los elementos negativos del tipo), pero esto no significa que sostengamos que el Derecho se reduzca solo a imperativos (prohibiciones y mandatos) ni que, en el ámbito del Derecho penal, la antijuridicidad carezca de significado y sea uno con la tipicidad, y consecuentemente, sostener el carácter bipartito de la estructura del delito; de ninguna manera. Nuestra posición parte de reconocer los tres niveles históricos de valoración, lo cuales *permiten comprender la forma helicoidal del proceso de valoración de un hecho*, no desaparecemos las diferencias entre tipicidad y antijuridicidad. La comprensión de la tipicidad como *un proceso valorativo* es un paso transcendental, lo que precisamente es desconocido por la Teoría de los elementos negativos del tipo<sup>100</sup>.

Nuestra posición parte del reconocimiento de normas imperativas, pero no las reduce a ellas<sup>101</sup>, pues también reconocemos la existencia, no solo de normas permisivas independientes, sino de todas aquellas disposiciones que poseen pretensión de determinabilidad o vinculatoriedad<sup>102</sup>.

Se ha de advertir que no se está sumando la Teoría de los imperativos con la Teoría dualista o superponiendo una teoría sobre la otra, a modo de una posición ecléctica, estoy mostrando un procedimiento que revela únicamente que *en el segundo enjuiciamiento* es preciso completar el tipo con las disposiciones permisivas a efectos de valorar mejor el comportamiento, por tal motivo rescato aquella unificación eventual –no absoluta–, solamente a efectos de lograr un mejor y más completo enjuiciamiento del comportamiento con el objetivo de revisar las capacidades concretas del autor. Volver a traer el esquema conceptual de la Teoría de los elementos negativos del tipo –las causas de justificación son parte del supuesto de hecho típico– en modo alguno pretende fundamentar una concepción particular sobre la norma y, por ende, del Derecho. Lo único que se recoge de la Teoría de los imperativos es la necesidad de comprender un supuesto típico *amplio* en una particular etapa de la valoración.

### 1.3. Culpabilidad

Seguidamente, luego de haber obtenido la segunda valoración o enjuiciamiento que determina lo injusto, sigue por analizar si el sujeto cuando realizó el injusto lo

<sup>100</sup> Véase al respecto, J. Bustos Ramírez, *Obras Completas (Introducción al Derecho Penal-norma penal y sistema jurídico penal)*, t. I, 2004, «lo que desconoce la teoría de los electos negativos del tipo es justamente que hay un estadio previo al enjuiciamiento jurídico último del acto y que implica que este tiene que tener un determinada *relevancia jurídica* penal.», p. 293.

<sup>101</sup> H. L. A Hart, *El concepto de Derecho*, trad., de Genaro R. Carrió, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, pp. 33 y ss.

<sup>102</sup> K. Larenz, *Metodología del la Ciencia del Derecho*, pp. 245 y ss., quien pone de ejemplo las normas que regulan la pérdida o adquisición de derechos.

hizo con suficiente capacidad de autocontrol y asequibilidad normativa<sup>103</sup>. Esto constituye el tercer giro cíclico ascendente y final, aquí ya no hay supuestos legales de los que haya que obtener sus representaciones ni tampoco representación alguna del *hecho acaecido*, sino es una «*valoración revisión*» que recae en el sujeto. La valoración sobre el sujeto no ocurre recién aquí, sino que esta ya venía siendo tomada como base de la valoración del hecho acaecido –tanto en la tipicidad y la antijuridicidad– es por ello que es una «*valoración revisión*». La culpabilidad del sujeto se presupone a la acción y a las valoraciones posteriores, así pues, el último giro de la teoría del delito *constata o corrobora* que las valoraciones se realizaron *sobre un sujeto responsable*.

Asimismo, *tal capacidad del sujeto tiene que ser entendida en la incorporación de su medio social, ya no solo en el contexto de la realización del injusto, sino de su contexto social general*. Así como manifiesta Bustos Ramírez, en su Teoría del sujeto responsable, en la culpabilidad se debe partir del *hombre en sociedad*<sup>104</sup>, en consecuencia, tales capacidades han de ser consideradas como resultado de un proceso histórico-social. En efecto, se ha de tener en cuenta, todas aquellas condiciones o factores que incidieron en la capacidad de autocontrol y asequibilidad normativa del autor al momento que realizó el injusto. De esta forma, se logra un mayor límite al *ius puniendi* estatal.

Y finalmente, concuerdo enteramente en que una ulterior valoración debe orientarse a determinar si el sujeto merece una pena por la realización del injusto que su comportamiento provocó. Aquí el genio de Roxin es impresionante, pues si bien siempre se había considerado que después de la constatación de la realización de un delito *debe* producirse la sanción, la categoría de la responsabilidad deja en entredicho tal resultado lógico-jurídico, lo cual permite disminuir el poder estatal, pese a la existencia de un injusto y que este fue realizado con asequibilidad normativa. Pero, ¿qué es lo que hizo que la pena no sea impuesta?, en este punto nos alejamos un tanto de Roxin y regresamos al fundamento de la culpabilidad de Bustos: el hombre en sociedad. Es el contexto social en el que el hombre participa lo que hace prescindir la imposición de una pena y no una valoración sobre algún fin que pudiera tener esta.

---

<sup>103</sup> C. Roxin, PG. §19, pp. 807 y ss.

<sup>104</sup> J. Bustos Ramírez, *Obras completas, (concepto de culpabilidad)*, t. I, pp. 1121 y ss.

## Capítulo V

Este capítulo constituye la aplicación del método dialéctico al Derecho penal (problema) y, específicamente, al ámbito de los delitos de resultado *en los cuales el autor posee un saber especial que permite representarse un pronóstico del incremento del riesgo y la configuración de un resultado lesivo*. Es así que la pregunta se formula de la siguiente manera: ¿Los «conocimientos especiales» del autor, en el marco del desencadenamiento de un resultado lesivo, se constituyen en relevantes a efectos de atribuir responsabilidad penal?

La doctrina penal que en nuestro país ha adquirido mayor atención<sup>105</sup> y además ha tenido *aplicación práctica* en las causas judiciales es la Teoría de la imputación objetiva de los profesores alemanes C. Roxin y G. Jakobs. Ambas posiciones han arrojado resultados disímiles al abordar el problema, el primero, desde nuestro punto de vista, incoherente sistemáticamente y, el segundo, insatisfactorio político-criminalmente. En ese sentido, expondremos brevemente cómo tales planteamientos resuelven el problema objeto de la tesis.

### 1. La Teoría de la imputación objetiva

Los dos principales sistemas de imputación, aun cuando manifiesten que un comportamiento es jurídico-penalmente relevante cuando ha creado un riesgo no permitido, se diferencian en su fundamentación, el cual se deriva de los fines de cada uno de sus sistemas<sup>106</sup>. En efecto, mientras Roxin mantiene una base

---

<sup>105</sup> En nuestro país la Teoría de la imputación objetiva se advierte en el *Tratado de Derecho Penal: Estudio programático de la Parte general* de Raúl Peña Cabrera, 2ª ed., Lima: Grijley, 1995, p. 291 y ss., y en Javier Villa Stein, *Derecho penal-Parte General*, Lima: Edit. San Marcos, 1998, quien describe sus presupuestos epistemológicos y los sistemas de C. Roxin y G. Jakobs (pp. 225/233), adscribiéndose a este último (p. 11).

<sup>106</sup> En efecto, la diferenciación entre ambos sistemas no es tanto el aspecto metodológico. Al respecto C. Roxin, “Problemas básicos del Sistema de Derecho penal”, en *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, 2000, señalando algunas coincidencias con Jakobs, indicó que aquel «comparte conmigo el rechazo al punto de partida ontológico del finalismo y sostiene al igual que yo una elaboración normativa de las categorías dogmáticas como “tarea del derecho penal”». Pero dado que él sólo limita esta tarea a la estabilización del sistema (...), en su construcción están ausentes elementos esenciales de la política criminal que son

empírica u ontológica sobre su construcción sistemática orientada por fines político-criminales, Jakobs renuncia a tal base, calificándola como “naturalista”, que equivale a decir, “razonamiento gravemente errado”.

### 1.1. La Teoría de imputación al tipo objetivo de Claus Roxin

Roxin parte de la *tesis metodología* –al igual que Jakobs– que un moderno sistema de Derecho penal debe estar estructurado teleológicamente, o sea construido atendiendo a finalidades valorativas. Así pues señala que «[l]as finalidades rectoras que constituyen el sistema de Derecho penal solo pueden ser de tipo político-criminal, ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho penal»<sup>107</sup>, de esta forma se permite la penetración de las decisiones valorativas político-criminales en las categorías del delito, llegando a una síntesis<sup>108</sup>.

El profesor Roxin explicando<sup>109</sup> su concepción sistemática manifiesta que la prevención general y la limitación de la pena dominan el injusto como categoría sistemática, ya que este se haya dominado por dos elementos antagónicos: la seguridad y la libertad, lo cual indica, es una comprensión preventivo-general<sup>110</sup>, porque la tarea principal del Derecho penal es la evitación de riesgos para el individuo y la sociedad. De esa forma, al tener el injusto el objeto de delimitar el comportamiento penalmente prohibido del permitido, no se tiene en consideración al autor individual.

Ahora, abordando ya la teoría de la imputación al tipo objetivo, esta tiene como primer cometido indicar las circunstancias que hacen de una causación una acción

---

centrales en mi concepción: la prevención especial y la garantía de los derechos del acusado no se contemplan en su punto de partida teórico-sistemático. Pero también el método seguido por Jakobs se distancia claramente del mío por la renuncia a la consideración de las circunstancias empíricas. Otra diferencia sustancial (...) en que para mí se trata de convertir las premisas de un Estado Liberal y social de Derecho en categorías dogmáticas y en soluciones de problemas jurídicos, mientras que en Jakobs no existe ningún contenido ni orientación político criminal. [En] Jakobs lo único decisivo es (...) la fuerza de autoconservación del sistema», pp. 52 y ss.; en ese mismo sentido se orienta la crítica de Schünemann contra Jakobs, B. Schünemann, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la Ciencia Jurídico-Penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 45 y s.

Al respecto, también, Jesús María Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona: José María Bosch, 1992, «la distinción entre ambas corrientes no es, pese a todo, el aspecto metodológico, sino que aparece constituido por la concepción acerca de la misión del Derecho Penal», p. 70. En el ámbito nacional al respecto, Manuel Abanto Vásquez, “¿Normativismo radical o normativismo moderado?”, en RPDJP, Instituto peruano de Ciencias penales-Grijley. N° 5, Perú, Lima, 2004, quien advierte que la diferencia metodológica más notable entre Roxin y Jakobs esta, en el primero mantiene una base empírica, mientras que, Jakobs la desatiende, p. 79. No obstante, estimo como se ha señalado, que lo fundamental en la metodología en ambos es, pues, la funcionalización de los conceptos dogmáticos del Derecho penal a los fines que se tiene de él, en consecuencia, sea cual sea la dirección a la que apuntan, la construcción del vehículo que los transportará es la misma.

<sup>107</sup> C. Roxin, PG, § 7 n.m. 51/52.

<sup>108</sup> C. Roxin, *Política criminal y sistema de derecho penal*, p. 33.

<sup>109</sup> C. Roxin, “Problemas básicos del Sistema de Derecho penal”, en *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, 2000, pp. 44 y s., «La carga del resultado producido al autor se fundamenta mucho más en que la norma posee una utilidad de prevención general, y sin tal utilidad de prevención general la imputación del resultado no tendría ningún sentido en el Derecho penal».

<sup>110</sup> En ese mismo sentido, B. Schünemann, “Consideraciones sobre la imputación objetiva” [1997], en RPDJP, Instituto peruano de Ciencias penales-Grijley. N° 1, Perú, Lima 2000, p. 423.

típica<sup>111</sup> y esto lo consigue con el criterio de la realización de un riesgo no permitido para un bien jurídico penal en el ámbito del alcance del tipo. Es así que la Teoría de la imputación objetiva en Roxin traza límites a los cursos causales con el objeto de determinar cuándo un comportamiento es relevante, es decir, los criterios funcionan a modo de filtros para la valoración. Estos criterios son la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y que este riesgo se haya realizado en el resultado concreto, asimismo, que dicho resultado se encuentre dentro del “alcance del tipo”.

¿Cuál es el punto de vista desde el que se enjuicia la cuestión de la creación del peligro?

Roxin señala que la prognosis es objetivo-posterior; todo depende de si un observador inteligente antes del hecho (*ex ante*) hubiera considerado que la correspondiente conducta es arriesgada o aumenta el peligro, y para ello *también* se debe dotar al observador del eventual saber especial del autor concreto, de esa manera, quien aconseja a un paseante, sabiendo que en el camino está al acecho un asesino, se le imputará el resultado.

El pronóstico objetivo-posterior se hace patente en el criterio «generalizar hacia “abajo” e individualizar hacia “arriba”»<sup>112</sup> a efectos de concretizar la creación del peligro no permitido, lo cual resolvería el problema cuando el autor, en el caso concreto, tiene capacidades menores o mayores a las exigencias generales. Así pues, cuando el autor posee capacidades superiores a la media, estas han de ser consideradas para el pronóstico del resultado, mientras que cuando las posee inferiores el baremo es el de un sujeto estándar.

Esto demuestra que la *regla* es que el pronóstico se efectúa sobre la base de la perspectiva de un sujeto estandarizado o ideal según los datos del contexto de actuación en la generalidad de casos. El criterio se corrobora cuando Roxin se enfrenta a casos en los que el sujeto posee conocimientos inferiores a la media, en tal situación el pronóstico es dado por el contexto en el que actúa sin incorporar sus capacidades individuales, es decir, se sigue manteniendo *la regla*. No obstante, cuando se abordan casos en los que el autor posee una capacidad o saber especial superior a la media, estos han de ser relevantes para ser incorporados al sujeto estándar.

De lo indicado se advierte *dos sujetos*, uno ideal y el otro concreto: el primero sirve de baremo para la generalidad de personas comunes y para aquellas que tienen un déficit en su saber y hacer y con base en él se ha de formular la pregunta ¿cómo habría actuado el autor?; y el segundo, es el sujeto considerado en su individualidad. Asimismo, si no fuera por los casos de conocimientos inferiores a la media se advertiría lo que señala Sacher de Köster, para quien Roxin en realidad valora la representación del autor; esto es, que en el caso, por ejemplo, de quien envía a un tercero a un viaje en avión, si se valora el lado externo del hecho es porque esta coincide con la representación del autor, así ella señala «en esta primera variante en la que se elige el hecho externo (“enviar a alguien en un avión que se haya en condiciones normales”) como objeto de la valoración de la norma (“no está prohibido enviar a alguien a viajar en un medio de transporte normal”), se está eligiendo, en definitiva, la representación del autor, que queda oculta por

---

<sup>111</sup> Roxin, PG, § 11 n.m. 38.

<sup>112</sup> C. Roxin, PG, § 24 nm. 50.



ser *justamente igual* a la descripción del hecho externo, (...) [e]l hecho de que el objeto que en realidad se está valorando son las representaciones del autor queda al descubierto con la variante del caso en el que el autor posee un conocimiento de la situación de hecho que excede a los de la generalidad»<sup>113</sup>. Añade, además, que la representación ha debido de tener una exteriorización en el mundo real. Con esto último, a mi parecer se advierte ya un enjuiciamiento *ex post* y *ex ante*, llevando consigo a la consecuencia de dirigir la valoración sobre un sujeto en sus capacidades concretas (físicas e intelectuales) *antes* que su representación mental, pues de lo contrario entraríamos a un Derecho penal de autor.

Sobre la base de sus criterios de imputación, cuando Roxin se enfrenta a los casos en los cuales el sujeto tiene un saber especial, se ha de imputarle el resultado producido, pues el observador ideal ha sido “construido” incorporando los saberes del autor concreto, *lo que equivale a decir que es el mismo autor concreto*, y no uno ideal, siendo así pudo representarse un pronóstico del incremento del riesgo y la configuración del resultado lesivo.

Asimismo, cuando resuelve los casos de acciones cotidianas<sup>114</sup>, en el que el primer causante dispone de un conocimiento especial concreto suficiente, dicha acción cotidiana pierde su carácter inofensivo. Así pues, quien suministra al cocinero un condimento especialmente picante, a pesar de haber sido advertido por un tercero de que este solo quiere recubrir con el sabor de la sopa envenenada por él, debe ser castigado por homicidio imprudente –en tanto no haya que aceptar incluso la existencia de dolo–; asimismo, cuando alguien sabe que el asesino de su vecino está delante de la puerta con el revólver cargado y, a pesar de ello, la abre pensando con ligereza que el vecino ya escapará de algún modo; si A asegura de modo verosímil que matará a X, tan pronto lo tenga al alcance, y B le menciona a aquel, por ligereza, el lugar donde se halla X, entonces, en caso de que este sea asesinado, B debe ser castigado por homicidio imprudente. La diferenciación en los casos en los cuales se fundamenta la responsabilidad y de los que no, se sostiene en el “*criterio de la reconocible propensión al hecho*”, así pues en las acciones cotidianas normales tal criterio elimina la responsabilidad, pues en estas «nunca puede ser reconocida una eventual propensión al hecho de un autor doloso»<sup>115</sup>. No obstante, en trabajos posteriores<sup>116</sup> su criterio se desarrolla ganando objetividad, dando la razón a Jakobs y Schumann, señalando que las concepciones de estos dos autores tienen la idea fundamental: «no basta para la complicidad una promoción causal, sino que tiene que agregarse una “referencia delictiva de sentido” que recién haga de una conducción neutral un ataque al bien

---

<sup>113</sup> Mariana Sacher de Köster, *Evolución del tipo subjetivo* [1995], Cuadernos de Colección de estudios N° 12, Bogotá: Univ. Externado de Colombia-Centro de Investigaciones del Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998, p. 109 y ss. Para esta autora, los problemas en los que se interna la teoría de la imputación en relación al tipo subjetivo representan un cuarto periodo de evolución éste último ámbito del tipo.

<sup>114</sup> C. Roxin, “*Observaciones sobre la prohibición de regreso*” [1989], en Naucke/Otto/Jakobs/Roxin, *La prohibición de regreso en derecho penal*, trad., de M. Cancio Meliá y M. A. Sancinetti, Colección de estudios N° 11, 1ª ed., Bogotá: Univ. Externado de Colombia-Centro de Investigaciones del Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998, p. 183 y ss.

<sup>115</sup> C. Roxin, “*Observaciones sobre la prohibición de regreso*” [1989], p. 184.

<sup>116</sup> C. Roxin, “*Acerca del fundamento penal de la participación*” [1993], “*Qué es la complicidad*” [1995] y “*Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión*” (Ponencia presentada en la Univ. Pompeu Fabra en 1998), en *La Teoría del delito en la discusión actual*, trad. de M. Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007.

jurídico»<sup>117</sup>, no obstante, para Roxin este mismo criterio le serviría para fundamentar la participación a título de complicidad de quien vende un destornillador *sabiendo* que su comprador lo va utilizar para un robo con fractura, lo cual Jakobs y Schumann no estarían de acuerdo. Según Roxin, el autor se *pone* del lado de injusto, con lo cual tiene que imputársele el «sentido delictivo de acción» de la conducta del autor.

## 1.2. La Teoría de la imputación objetiva de Günther Jakobs

El mundo conceptual jurídico-penal ha de organizarse con arreglo a la misión social del Derecho<sup>118</sup>. El Derecho penal funcional tiene como misión el mantenimiento de la vigencia de la norma<sup>119</sup>, esto es garantizar la identidad normativa de la sociedad<sup>120</sup>. Aquí la norma<sup>121</sup> no se entiende como imperativo o en el sentido de Binding como *una orden pura, no motivada, (...) por la amenaza de la pena*<sup>122</sup>, ni como un juicio hipotético en el sentido de H. Kelsen, sino como una expectativa normativa que se estabiliza contrafacticamente<sup>123</sup>, es decir, que se estabiliza contra el suceso<sup>124</sup>, a pesar de ser quebrantada<sup>125</sup>. Las expectativas se derivan, en principio, del rol general de persona en Derecho, del deber de no dañar<sup>126</sup>, como también de los distintos papeles que la persona asuma en los distintos contextos en el cual participa, así por ejemplo el rol de magistrado, de policía, de médico, etc. Aun cuando los intervinientes en los contactos sociales defrauden las expectativas de los demás, o de otro modo, esbocen un mundo distinto y particular con pretensión de regir a futuro, aquellas se mantendrán vigentes, así por ejemplo a pesar de que un magistrado cobre una suma de dinero

---

<sup>117</sup> C. Roxin, “Acerca del fundamento penal de la participación” [1993], p. 504; el mismo, “*Qué es la complicidad*” [1995], p. 558.

<sup>118</sup> Prólogo a la 2ª ed., de su *Derecho Penal – Parte General fundamentos y Teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid: Marcial Pons S.A. 2ª ed., corregida, 1997.

<sup>119</sup> G. Jakobs, *Derecho Penal*, 1997., aquí señala que, la «misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales, contenido de la pena es una replica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma», p. 14.

<sup>120</sup> G. Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad., de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid: Editorial Civitas, S.A. 1ª ed., 1996, p. 15 y p. 18.

<sup>121</sup> G. Jakobs, “La imputación jurídico-penal y las condiciones de la vigencia de la norma” en *Teoría de los Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Coord. Carlos Gómez-Jara Diez Lima: ARA edit., 2007., «[p]or norma debe entenderse la expectativa de que una persona, en una situación determinada, se comporta de manera determinada y, (...) [ello] debido a su Ser-Persona», p. 227.

<sup>122</sup> Armin Kaufmann, *Teorías de la Normas. Fundamentos de la Dogmática penal contemporánea*, versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires: Edit. Depalma, 1977., pp. 7 y ss.

<sup>123</sup> Jesús María Silva Sánchez, “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la Teoría de las normas”, RPDJP, N° 3 (2002). Lima., pp. 396 y ss.

<sup>124</sup> H. Heiko Lesch, *La función de la pena*, trad., de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Bogota: Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., 1999, p. 75.

<sup>125</sup> José Antonio Caro John, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, comentarios a la sentencia de la Corte Suprema N° 4166-99-Lima, de 07 de marzo de 2001. Lima: Grijley, 1ª ed., 2003, pp. 35 y ss. (últimamente, el mismo, en *Normativismo e imputación jurídico-penal*. Estudios de Derecho Penal funcionalista. Lima: ARA editores, 2010).

<sup>126</sup> G. Jakobs, “*Acción y omisión en derecho penal*”, trad., de Luis. C. Rey Sanfíz y Javier Sánchez-Vera, 1ª ed., Bogota: Univ. Externado de Colombia-Centro de Investigaciones del Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000, p. 8 y ss.

con la finalidad de emitir una resolución a favor, la expectativa de que los magistrados ajustan sus decisiones a derecho mantiene su vigencia, la pena niega el sentido del hecho afirmando que el sentido de la conducta del magistrado no rige para los demás, según Jakobs, mientras un fallo se tematice como fallo y no como libertad, el ordenamiento es válido.

En ese sentido, al partir de la tesis que el moderno sistema de Derecho penal debe estar estructurado teleológicamente, o sea, construido atendiendo a finalidades valorativas (las cuales son impuestas por la sociedad), se ha de concluir que los conceptos jurídico penales son conceptos estructurales de la sociedad. Esto quiere decir, en palabras de Jakobs que «[l]os conceptos jurídico penales tienen que ser configurados normativamente en correspondencia con la estructura normativa de la sociedad, como conceptos en el contexto de la estabilización de la validez de las normas. «Validez de la norma» es el concepto orientar; (...)»<sup>127</sup>.

Ahora bien, tal como Jakobs anotó en el Prólogo a la 1ª edición de su tratado, «la misión de la Dogmática Penal reside en desarrollar las proposiciones que se necesitan para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado (acto con contenido expresivo) mediante un acto con significado»<sup>128</sup>, entonces, ha sido necesario desarrollar criterios que determinen cuándo un comportamiento tiene significado. De esa forma, la teoría de la imputación objetiva del comportamiento, en un primer paso o como *primer filtro*, tendría ese cometido, debe indicar cuándo una persona exterioriza *un sentido determinado*, puesto que el hecho penal tiene que ser concebido como una contribución comunicativa, como una expresión de sentido y no como proceso natural.

La teoría de la imputación objetiva de Jakobs es una teoría del significado del comportamiento<sup>129</sup> para determinar el reparto de responsabilidades<sup>130</sup> o aquella que se ocupa de la determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable<sup>131</sup>. Esta descripción es sin duda, consecuente con la concepción personal que sobre *la sociedad y el Derecho* tiene Jakobs, pues determinar cuándo un comportamiento es no permitido o expresa un sentido, únicamente se puede llevar a cabo con una mirada a la semántica de la sociedad, ya que es la sociedad la que determina al Derecho penal. La pregunta a efectos de

---

<sup>127</sup> Prólogo a la colección de artículos *Dogmática de Derecho Penal y configuración normativa de la sociedad*, recopilación de J. López Barja de Quiroja, Madrid: Thomson Civitas, 1ª ed., 2004; Asimismo, sobre la adecuación de los conceptos jurídicos a la sociedad véase, N. Luhmann, *Sistema Jurídico y Dogmática jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983., p. 97 y s.

<sup>128</sup> *Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, trad., de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid: Marcial Pons S.A. 2ª ed., corregida, 1997.

<sup>129</sup> G. Jakobs, “*La Imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma*” [2000], trad., de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Carlos Gómez-Jara Diez en *Teoría de los sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de ampliación*, Niklas Luhmann, et al., editor Carlos Gómez-Jara Diez. Lima: Ara Editores, 2007, p. 238; el mismo, “*El concepto jurídico penal de acción*”, RPCP N° 03, Enero-Junio. Director José Urquiza Olaechea, Lima: IDEMSA, 1994, pp. 81 y ss., específicamente en p. 83, en donde señala que la teoría de la imputación objetiva constituye un «esquema de interpretación comunicativamente relevante», con cuya ayuda se determina una «expresión de sentido comunicativamente relevante», esto es una acción.

<sup>130</sup> G. Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, trad., de Manuel Cancio Meliá, Lima: Editorial Grijley, 1ª ed., peruana 1998, 1ª reimpresión 2001, p. 18.

<sup>131</sup> Véase, también, al respecto G. Jakobs, *Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, p. 224.

determinar cuándo un comportamiento es relevante (teoría de la imputación objetiva del *comportamiento*) *no puede ser contestada sin tener en cuenta el estadio de desarrollo alcanzado por la sociedad concreta*<sup>132</sup>. La imputación objetiva del comportamiento es imputación vinculada a una sociedad concreta. Así esta teoría «aporta el material con cuya ayuda puede interpretarse el suceso puesto en marcha por una persona como un acontecer socialmente relevante o irrelevante, como socialmente extraño o adaptado, como que socialmente ha de considerarse un mérito o, especialmente, como que destaca de modo negativo. Sin este material interpretativo, lo sucedido no es más que un conglomerado naturalista»<sup>133</sup>.

Pero ¿cómo es esa sociedad [concreta]? Jakobs en su obra *Sociedad, Norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional* concibe que, la sociedad es un sistema de comunicación normativo<sup>134</sup>. Asimismo, en el artículo *La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, enumera algunas características de la sociedad moderna de *corte occidental*, entre ellas señala que la sociedad es una que posibilita contactos relativamente anónimos (lo cual se determina por el rol); la sociedad moderna es una sociedad de masas; la sociedad moderna es principalmente de explotación (predominio de la economía); la sociedad moderna es una que es consciente de los riesgos y, finalmente, es una sociedad que evoluciona hacia una sociedad que aglutina una gran parte del mundo.

Si la teoría de la imputación objetiva tiene como cometido formular reglas para determinar qué es lo que significa un hecho, entonces, la estructura de la sociedad debe aportarle la pauta, la cual en principio se la asigna al Derecho, y esta es adscribir a determinadas personas roles que deben cumplir, y de ese modo, asegurar *standards* personales, logrando que se posibilite la orientación con base en patrones generales y, esto tiene que ser así, porque sin esa desindividualización no serían posible contactos anónimos<sup>135</sup>, lo cual es precisamente una característica de la sociedad moderna actual.

Establecido el marco de actuación –el rol como garantía–, *lo objetivo en la imputación objetiva* significa que «se imputan desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren a un portador de un rol. No son decisivas las capacidades de quien actúa, sino las de un portador de rol, refiriéndose la denominación «rol» a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata, por lo tanto, de una institución que se orienta en base a personas»<sup>136</sup>, de ese modo, «las expectativas garantizadas jurídicamente solo se ven defraudadas por una conducta objetivamente defectuosa, sin tener en cuenta aspectos individuales. Pues como estas expectativas (como todas) se dirigen a personas, es decir, portadores de un rol, el

---

<sup>132</sup> G. Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, pp. 16 y 17.

<sup>133</sup> G. Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, p. 23; asimismo, Heiko Lesch, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, trad., de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Bogotá: Univ. Externado de Colombia, 1ª ed., 1995, «la diferencia entre la dogmática penal “naturalista” y la “normativista” se puede (...) reconducir a una diversa concepción de la convivencia humanada, es decir, a qué se entiende por sociedad», p. 15.

<sup>134</sup> G. Jakobs, Prólogo a *Sociedad, Norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, [1995] trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid: Editorial Civitas, S.A. 1ª ed., 1996, p. 12 y p. 26.

<sup>135</sup> G. Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, p. 20.

<sup>136</sup> G. Jakobs, *op. cit.*, pp. 20 y s.

requisito mínimo de una defraudación es el quebrantamiento de un rol»<sup>137</sup>. En cuanto a la concreción de las acciones defraudatorias de expectativas, estas al igual que Roxin, se han de llevar *ex ante* y, en tanto, la acción ha de ser aceptada de modo general, esta es objetiva. «Las capacidades que se asignan al observador objetivo imaginario dependen de la situación y de los bienes expuestos al riesgo»<sup>138</sup>.

Sobre la base de lo indicado, ya se han de resolver las constelaciones de casos.

### **1.2.1. Presencia de conocimientos especiales en la determinación del riesgo permitido**

1.- Un estudiante de biología gana algún dinero trabajando por las tardes como camarero. Cuando se le encarga servir una ensalada exótica descubre en ella una fruta de la que sabe por sus estudios que es venenosa, de todos modos, sirve la ensalada.

2.- Un ingeniero alquila un automóvil y descubre, gracias a sus saberes especiales, conocimientos técnicos, que los frenos van a fallar en breve. A pesar de ello, devuelve el vehículo al arrendador; el siguiente cliente en usar el coche sufre un accidente<sup>139</sup>.

3.- El estudiante de Arquitectura EA trabaja en sus vacaciones de verano como peón de albañil con la intención de adquirir la perspectiva del personal de ejecución de obra como valioso complemento para su formación como arquitecto; estando trabajando en la obra de una vivienda unifamiliar, EA recibe del jefe de obra el encargo de preparar con hormigón armado la estructura del techo de la casa. Un rápido vistazo a los parámetros del techo muestra a EA –que fue merecedor de las más elevadas calificaciones en la correspondiente asignatura de su carrera universitaria– que el cálculo de la estructura es erróneo, de modo que parece seguir que la futura casa acabará derrumbándose. Aún así, EA, quien teme roces con el jefe de obra si le advierte del error, decide guardar silencio y se limita a ejecutar las instrucciones que se le han dado. Al cabo de dos años, EA lee en la prensa que la casa que él contribuyó a construir se ha derrumbado, enterrando bajo sus escombros a un grupo de niños de corta edad que jugaban en una de las estancias del edificio, convertido en jardín de infancia<sup>140</sup>.

4.- Entre las cartas que el cartero C deja en el buzón de correo, se encuentra una carta-bomba. Al abrir A la carta en cuestión explota la bomba, sufriendo A lesiones que en definitiva resultan mortales<sup>141</sup>.

---

<sup>137</sup> G. Jakobs, *Sociedad, Norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, pp. 54 y S.

<sup>138</sup> G. Jakobs, *Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, n m. 47.

<sup>139</sup> Tomado de G. Jakobs, (caso 1 y 2), *La imputación objetiva en derecho penal*, p. 59; también, en *Derecho Penal – Parte General*, Apartado 7, nm. 49/50.

<sup>140</sup> Tomado de Manuel Cancio Meliá, “Aproximación a la Teoría de la imputación objetiva”, en *La imputación normativa del resultado a la conducta*, Enrique Díaz-Aranda/Cancio Meliá Manuel, 1ª ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 16. El caso ya había sido esbozado por Jakobs, véase, al respecto, “Representación del autor e imputación objetiva” [1989], en *Estudios de Derecho Penal*, trad., de E. Peñaranda Ramos, C. Suárez González y M. Cancio Meliá, 1a ed., Madrid: UAM ediciones - Editorial Civitas S.A. 1997., p. 236.

<sup>141</sup> Tomado de Urs Kindhäuser, *Crítica a la Teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres Estudios*, Lima: Grijley, 1ª ed. 2007., p. 41.

Aquí se trata de si en la formulación del juicio de peligro han de ser considerados los conocimientos especiales que dispone el autor<sup>142</sup>. En los supuestos en los que el autor se representa un pronóstico de riesgo configurado por su saber especial se ha de excluir la responsabilidad, si él no ha quebrantado el rol en el que se desenvuelve, lo que significa que no ha sobrepasado el riesgo permitido. Así pues, en los supuestos básicos de responsabilidad por organización<sup>143</sup> (deber de no dañar) el conocimiento especial no adquiere relevancia jurídico-penal. Jakobs advierte que la solución ya viene dada con la dogmática de los delitos de omisión, ya que si el autor –el ingeniero o estudiante de biología– se percatan «justo después» de haber devuelto el vehículo arrendado con un desperfecto y luego de haber servido la fruta venenosa, a nadie se le ocurriría pensar que concurre una posición de garante, es decir, el solo poder evitar derivado del conocimiento especial no fundamenta la responsabilidad<sup>144</sup>.

Ahora bien, al autor en los supuestos señalados de irresponsabilidad penal y que resultan «chocantes» por su insolidaridad se les sancionaría con el § 323 c StGB<sup>145</sup> (art. 127 del CPP). Finalmente, en los supuestos, en lo que el autor es garante del dominio de un riesgo especial (al rol le pertenece todo aquello que evite el resultado), de responsabilidad institucional o cuando el autor introduce por iniciativa propia el conocimiento especial en relación con la víctima (el estudiante de biología direcciona la fruta venenosa a un enemigo suyo), el saber especial cobra relevancia para la determinación del riesgo<sup>146</sup>, pues aquí se trata de una posición de garantía. Nosotros nos abocaremos a los supuestos que conducen a la irresponsabilidad del autor.

### 1.2.2. Presencia de conocimientos especiales en el ámbito de la prohibición de regreso

Además, los conocimientos especiales tornan problemáticos los supuestos tratados dentro de la prohibición de regreso; aquí se trata de comportamientos que

<sup>142</sup> G. Jakobs, “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito del las institutos jurídicos-penales «riesgo permitido», «prohibición de regreso» y «principio de confianza»”, [1992] en *Estudios de Derecho Penal*, p. 214.

<sup>143</sup> G. Jakobs, *Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, Apartado 7, nm. 50.

<sup>144</sup> G. Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, pp. 59 y s., también, en p. 83; además, el mismo, “Representación del autor e imputación objetiva”, en *Estudios de Derecho Penal*, aquí afirma, «a quien conoce, sin ostentar una posición de garantía, no le compete utilizar sus conocimientos», «[i]gual que el omitente sin deber de garantía omite de manera arriesgada pero permitida, a pesar de conocer el peligro y de su capacidad para conjurarlo, porque una omisión no se haya de manera normativa al curso lesivo, también en el ámbito de la comisión existen producciones de resultados que son conocidas pero que a pesar de ello se mantienen en el ámbito de lo permitido», pp. 236 y s.

<sup>145</sup> G. Jakobs, “La Prohibición de regreso en el delito de resultado: Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión” [1977], en *Estudios de Derecho Penal*, pp. 257 y s.; el mismo, en *Derecho Penal – Parte General*, Apartado 7 n.m. 50; sigue esa línea en el ámbito nacional, J. Caro John, “Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales”, RPDJP, Instituto peruano de Ciencias penales-Grijley. N° 5, Perú, Lima, 2004, pp. 102 y s.; el mismo, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Comentario a la sentencia de la Corte Suprema N° 4166-99-Lima, de 07 de marzo de 2001, 1ª ed., Lima: Grijley, 2003., pp. 85 y s., (últimamente, en *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho Penal funcionalista*. Lima: ARA editores, 2010, aquí hace una diferencia entre casos que “corren y no corren sangre”, en los primeros sólo se les sancionaría por su falta de solidaridad).

<sup>146</sup> Ver G. Jakobs, *Derecho Penal – Parte General*, Apartado 7 a partir del segundo párrafo del n.m. 50; el mismo, “Representación del autor e imputación objetiva”, pp. 238 y s.

de modo estereotipado serían inocuos –un autor desvía hacia lo delictivo el comportamiento de un tercero que *per se* carece de sentido–, pese a favorecer al hecho delictivo del otro –en todos los casos se parte de la base que el respectivo tercero conoce lo que va a suceder–, es decir, no se constituye *la participación* en una organización no permitida<sup>147</sup>.

Ahora bien, se aborda dos grupos de casos que *no* llevan a la responsabilidad penal del tercero: El primero, los casos en los que el autor anuda su actuar a cualquier comportamiento cotidiano de otra persona (tercero) –no hay nada en común– y desvía dicho comportamiento hacia lo delictivo, solo él responde<sup>148</sup>. El tercero realiza un comportamiento cotidiano al que el autor vincula unilateralmente un hecho delictivo o se sirve de este para su realización. Aquí se encuentran, el caso del cliente que, en una taberna de bajos fondos, deviene en testigo de una pelea, sin embargo, apoya su jarro de cerveza sobre la mesa, existiendo la posibilidad de que alguien lo sustraiga de allí y golpee a otra persona, como así sucede<sup>149</sup>; alguien quiere cambiar su religión o dejar a su familia y otro le amenaza con matar en tal caso a un tercero<sup>150</sup>; un grupo terrorista toma como pretexto para asesinar al Ministro de Justicia el proceso seguido contra un correligionario<sup>151</sup>.

Segundo grupo: Supuestos en los que entre el autor y la otra persona existe algo en común –comunidad limitada–, pero lo que hay de común se limita a una prestación que puede obtenerse en cualquier lado, y que no entraña riesgo especial alguno, no obstante, el autor hace uso precisamente de esta prestación para cometer un delito<sup>152</sup>. El tercero realiza una prestación inocua (estándar) a otra persona, quien se vale de ella para la realización de un delito. Ámbito principal de la prohibición de regreso (incidencia directa de los conocimientos especiales).

En ambos grupos de casos (negocios usuales de la vida cotidiana, unilaterales o bilaterales) el comportamiento del tercero no adquiere significado delictivo, ya que se ha mantenido dentro de su rol. Ejemplos del segundo grupo de casos (comunidad limitada), en Jakobs *no* responderían jurídico-penalmente<sup>153</sup>:

---

<sup>147</sup> G. Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, p. 30; el mismo, precedentemente, en “*La Prohibición de regreso en el delito de resultado...*”, en *Estudios de Derecho Penal*, aquí anota, que el problema –objeto del trabajo– viene definido por la afirmación según la cual la causalidad evitable constituye siempre uno de los elementos de la imputación, p. 241; también, véase M. Cancio Meliá, “*Aproximación a la Teoría de la imputación objetiva*”, en *La imputación normativa del resultado a la conducta*, p. 24.

<sup>148</sup> G. Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, p. 76; el mismo, “*Imputación objetiva, especialmente en el ámbito del las institutos jurídicos-penales «riesgo permitido», «prohibición de regreso» y «principio de confianza»*”, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 216.

<sup>149</sup> Tomado de C. Roxin, “*Observaciones sobre la prohibición de regreso*” [1989], en *La prohibición de regreso en derecho penal*, Naucke/Otto/Jakobs/Roxin, trad. de M. Cancio Meliá y M. A. Sancinetti, Colección de estudios N° 11, 1ª ed., Bogotá: Univ. Externado de Colombia-Centro de Investigaciones del Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998, pp. 183 y s.

<sup>150</sup> Tomado de G. Jakobs, “*Imputación objetiva, especialmente en el ámbito del las institutos jurídicos-penales...*”, p. 216.

<sup>151</sup> Tomado de G. Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, pp. 76 y s.

<sup>152</sup> G. Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, p. 77; el mismo, “*Imputación objetiva, especialmente en el ámbito del las institutos jurídicos-penales...*”, p. 217.

<sup>153</sup> En nuestro país siguen esta línea, J. Caro John, “*Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales*”, quien considera que «el conocimiento especial no constituye un elemento vinculante para fundamentar un participación», p. 101, «[e]l único conocimiento exigible penalmente es el perteneciente a rol, o sea, un conocimiento estandarizado, que se sustrae a la constitución individual de su portador como titular de una posición de deber. Se rechaza entonces los

1.- Para poder ocultar el dinero proveniente de actividades ilícitas de contribuyentes alemanes del control de las autoridades de finanzas alemanas, se lo envía habitualmente, a Luxemburgo, y los grandes Bancos alemanes acostumbran ofrecer para ello sus buenos servicios<sup>154</sup>.

2.- El caso de un vendedor de automóviles que vende una camioneta a un terrorista, habiendo podido saber por las circunstancias de la venta (por ejemplo, por el deseo de que se instalen mecanismos especiales de soporte) que la camioneta iba a ser usada para la realización de un gran atentado con bomba<sup>155</sup>.

3.- Un taxista fue requerido en sus servicios por un individuo que lo condujo hasta un inmueble donde supuestamente iba a recoger sus pertenencias. Al llegar a aquel lugar, el desconocido le pidió que ingresara el vehículo en la cochera para recoger sus cosas. Estando ya en el interior de la cochera salieron otros sujetos, en número de cinco aproximadamente, quienes metieron rápida y sospechosamente diversas especies en el vehículo, indicando al taxista que iniciará la marcha. Ni bien habían abandonado el lugar, fueron intervenidos por la policía, logrando escapar todos, menos el taxista.<sup>156</sup>

Finalmente, en los supuestos en los cuales el aporte del tercero sí hallaría responsabilidad penal –ya sea en la fase previa o fase ejecutiva– el criterio viene definido por el sentido del comportamiento que se aúna al plan delictivo del otro, dicho de otro modo, el plan del otro le atañe al que causa de manera mediata o el que lo presta no puede distanciarse de las consecuencias delictivas<sup>157</sup>.

## 2. Crítica

Pero, ¿por qué se deben excluir los conocimientos especiales?, ¿por qué en los contactos sociales no se debe considerar los resultados lesivos desde el punto de

---

conocimientos especiales, porque se sustraen al estándar que todo actuante debe conocer» p. 102; el mismo, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, p. 30, por otra parte, nuevamente reitera que «si las capacidades y conocimientos especiales no pertenecen al rol, entonces está de más pretender extraer de ellas la fundamentación de un deber de evitación de resultados», pp. 84 y s.; el mismo, *“La imputación subjetiva”*, RPDJP, Instituto Peruano de Ciencias penales-Grijley, N° 7, Perú, Lima 2006, pp. 240 y ss., (últimamente, *“Imputación subjetiva y conocimientos especiales”* en *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho Penal funcionalista*. Lima: ARA editores, 2010, p. 167 y ss.); Percy García Caveró, *“Prohibición de regreso en Derecho penal”*, en *Estudios de Derecho Penal*, Jesús-María Silva Sánchez, et al., Lima: ARA editores, 2005, aquí señala que, «la responsabilidad penal no puede sustentarse actualmente en la capacidad individual de evitar un resultado, sino en la competencia para evitar efectivamente ese resultado. El conocimiento subjetivo que va más allá de lo requerido no debería tener, en principio, efecto alguno en la imputación penal», p. 65.; el mismo, *“La imputación subjetiva en Derecho Penal”*, en *Cuestiones actuales de Derecho penal y patrimonial*, Lima: ARA editores, 2005, pp. 29 y s.; Felipe Villavicencio Terreros, *Derecho penal-Parte General*, 1ª ed., Lima: Grijley, 2006, 328 y s.; el mismo, *“La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana”*, p. 8 [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op\\_20100205\\_02.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20100205_02.pdf).

<sup>154</sup> Tomado de B. Schünemann, *“Consideraciones sobre la imputación objetiva”*, RPDJP, Instituto peruano de Ciencias penales-Grijley. N° 1, Perú, Lima, 2000., p. 437.

<sup>155</sup> Tomado de B. Schünemann, *“Consideraciones sobre la imputación objetiva”*, p. 435.

<sup>156</sup> Tomado del prof. J. Caro John, *“Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales”*, p. 85.

<sup>157</sup> G. Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, pp. 81 y ss.; asimismo, anteriormente, ya había señalado que la cuestión decisiva –en el campo de comportamientos que de manera evitable causan el resultado mediatamente– es «la de determinar si el comportamiento debe adscribirse al plan delictivo en cuanto raíz de la defraudación, o si se puede distanciarse del plan delictivo, es decir, si se trata de un comportamiento que está al menos tan lejos del plan delictivo como el mundo, en general no exento de otras causas de conflicto distintas de la planificación delictiva», *“La Prohibición de regreso en el delito de resultado...”*, pp. 257 y s., y p. 260.



vista cognitivo? Ya la respuesta viene dada por un referente social, esto es el rol, pero hay algo más importante en el pensamiento de Jakobs, algo que no atañe al Derecho penal, sino a todos en cuanto somos ciudadanos: «Si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. (...) En conclusión, la interacción social se vería asfixiada por las funciones de supervisión y otras auxiliares»<sup>158</sup>.

Si esto fuese cierto, no habría forma de criticar a Jakobs. No obstante, una duda científica puede decir lo contrario, ¿verdaderamente la sociedad se quedaría paralizada o asfixiada?

Esto sencillamente no ocurre –fuera de los casos en los cuales no nos imaginamos de lo que otro podría hacer–, comúnmente pensamos o nos representamos lo que un tercero podría hacer en el contexto de interacción social, ya sea porque lo percibimos en la interacción singular que entablamos o porque sobre la base de nuestros saberes especiales pronosticamos lo que va a suceder; ahora que esto *no debiera importarnos*, en tanto, la dinámica social-comercial así lo establece, es una cosa tan diferente cuando el resultado sí importa en referencia a los posibles afectados, y esto es otro aspecto de la sociedad que hace que el conocimiento especial –no en todos los casos<sup>159</sup>– sea relevante. Si ocurren representaciones de riesgo la misma dinámica social se encarga de eliminar las proyecciones irrelevantes, mientras expulsa los casos que sí lo son, *para su investigación*.

## **2.1. Crítica: La imputación objetiva como filtro o como «esquema de interpretación»**

En Jakobs la imputabilidad objetiva no fundamenta por sí sola la responsabilidad penal, sino que fija a quien le incumbe un suceso de entre varias personas. En su *Parte-General* señaló que, «[e]l denominar atribución objetiva a las condiciones objetivas de la responsabilidad no debe entenderse en el sentido de que se trata sólo de imputación; de imputación se trata más bien en el tipo subjetivo y en la culpabilidad. (...) Aquí se trata únicamente de las propiedades objetivas generales de la conducta imputable»<sup>160</sup>. De aquí se desprende dos cosas: por un lado que, efectivamente, la imputación objetiva contribuye a la constitución del injusto<sup>161</sup>, y por otro, que se expresa en forma de un «primer» filtro. Más explícito se muestran ambas consecuencias en su trabajo *“El concepto jurídico penal de acción”*, «[l]a imputación objetiva elimina a modo de filtro todos aquellos comportamientos que no perturban socialmente (...). Lo que queda es lo que crea riesgos no permitidos,

---

<sup>158</sup> G. Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, p. 19.; en el ámbito nacional sigue esa línea, J. Caro John, “Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales”, p. 91 y s.; relativamente, P. García Caveró, “Prohibición de regreso en Derecho penal”, quien lo expresa como posibilidad con el término “podría”, p. 65. No obstante, esto ya lo había señalado H. Welzel en 1939 en sus *Estudios sobre el sistema de derecho penal*. en *Estudios de Derecho penal*, trad., G. Eduardo Aboso y Tea Löw. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007., p. 49.

<sup>159</sup> Véase *infra* Capítulo V, C. 1, sobre los límites a la *posibilidad de evitar*.

<sup>160</sup> G. Jakobs, PG., Apartado 7 nm. 4a.

<sup>161</sup> Cfr. M. Cancio Melia, “Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva”, en *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. El funcionalismo en el Derecho penal, Montealegre Lynett (coord.), Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 218; también, Y. Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, 3ª ed., revisada y corregida, Bogotá: Temis, 2005, pp. 67 y s.

esto es, lo que causa una lesión de la vigencia de la norma en caso de concurrir evitabilidad y culpabilidad»<sup>162</sup>.

Estimo que abordar a la Teoría de la imputación objetiva, en principio, bajo el rótulo de “filtro” es erróneo, pues solamente se puede predicar dicha función como resultado de todo el proceso de valoración jurídica, siendo lo resultante o evidente y, por ello, algo secundario; sin embargo, a dicha teoría se le debe abordar por su esencia, es decir, su capacidad de ser o no un verdadero *esquema de interpretación social*, y que creo es a lo que Jakobs apunta, pues la constitución de la sociedad así se lo indica.

Ahora bien, quiero resaltar las consideraciones de dos autores de habla hispana (Cancio Meliá y Reyes Alvarado) que en mi opinión, han avanzado materialmente, dentro de la perspectiva funcionalista, sobre el problema de si los elementos subjetivos pueden ser determinantes para la configuración de una conducta jurídico-penalmente relevante. En principio ambos<sup>163</sup> coinciden que los elementos subjetivos y objetivos del tipo no pueden ser abordados desde el punto de vista natural, lo primero como algo interno y lo segundo como algo externo.

En el pensamiento del profesor español se resaltan los *datos o elementos del contexto*, en la medida que adquieren relevancia, para lo cual es indiferente si un dato subjetivo puede incluirse en el tipo objetivo, de esa forma, lo «“objetivo” significa concreción de la norma conforme a los patrones generales de un sujeto en un determinado papel social»<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> G. Jakobs, “El concepto jurídico penal de acción”, RPCP N° 03, enero-junio, Director José Urquiza Olaechea, Lima: IDEMSA, 1994, p. 98.

<sup>163</sup> M. Cancio Meliá, “Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva”, señala que la introducción de datos del contexto en el juicio de riesgo «no puede hacerse bajo el esquema simplista “dentro de la cabeza” – “fuera de la cabeza”», pp. 226 y s.; Y. Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, «no es que sea falsa la afirmación de que la imputación objetiva no puede prescindir del aspecto subjetivo y por ello recurre a la intencionalidad de la conducta, sino que con ello se está pretendiendo juzgar a la teoría de la imputación objetiva desde el punto de mira del finalismo», p. 79 y pp. 142 y s. Asimismo, véase W. Frisch, “Delito y sistema de delito”, trad. de R. Robles Planas en *El Sistema integral del Derecho penal* [1996], Jürgen Wolter/Georg Freund (eds.). Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2004, pp. 246 y ss.; el mismo, “La Teoría de la imputación objetiva del resultado: los fascinante, lo acertado y lo problemático”, [2001], trad., de Ricardo Robles Planas en *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho Penal*, Frisch/Robles Planas, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006, pp. 43 y ss.; Sigue la línea de Cancio Meliá y Reyes Alvarado, R. Alcácer Guirao, “El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la Teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa”, ADPCP, t. XLIX Fasc. II, Mayo-Agosto, 1996, pp. 493 y ss. Desde otro línea dogmática, Mir Puig, “Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto”, ADPCP, t. XLI, Fasc. III. Septiembre-Diciembre, Madrid, 1988., aquí señala que, «la razón primera que fundamenta la prohibición de una determinada conducta –es decir, lo que mueve al legislador a querer prohibirla– es una característica externa de la misma, su peligrosidad «ex ante» para un bien jurídico. (...), esta peligrosidad [externa] también debe decidirse objetivamente, en el sentido de que no depende del criterio del sujeto, sino del punto de vista de un espectador objetivo situado «ex ante». Aquí objetividad significa intersubjetividad. En todo caso, ha de quedar claro que la concepción objetiva del injusto que defiende no pretende desconocer la necesidad de exigir para el mismo tanto elementos externos como psíquicos» p. 663, por lo demás se muestra contrario a una perspectiva *ex post*, pp. 673 y ss.; ya anteriormente, el mismo, “La perspectiva «ex ante» en Derecho penal”, en ADPCP, t. XXXVI, Fasc. I. Enero-Abril, Madrid, 1983., pp. 12 y s.

<sup>164</sup> M. Cancio Meliá, “Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva”, p. 226; igualmente, el mismo, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*

Reyes Alvarado inicia su concepción señalando que, «desde el punto de vista de la imputación objetiva, es claro que a cada portador de roles le son exigibles determinadas formas de comportamientos, los cuales, a su vez, presuponen la existencia de ciertos conocimientos que cada persona, de acuerdo con el rol que desempeñe, debe poseer; las expectativas de comportamientos se basan entonces en los conocimientos y capacidades que un garante debe poseer. Eventualmente puede serle exigida a una persona la activación de sus conocimientos o capacidades especiales, pero ello dependerá siempre de que en virtud de su posición de garante exista para él un deber de actuación frente a determinadas situaciones»<sup>165</sup>. Ahora bien, para este autor, la comprobación de un riesgo desaprobado –que tiene como “hecho indicador”<sup>166</sup> la violación formal de una norma–, precisa del análisis de la *situación concreta*, lo cual se expresa en dos criterios: *la exigibilidad personal y temporal*<sup>167</sup>. Sin embargo, la exigibilidad, que llevaría a la activación de los conocimientos especiales, *depende del contenido de la expectativa*; de esa forma, es ésta última la que decide sobre la relevancia del saber especial. Consecuentemente, en los supuestos de posición de garante, el saber especial formará siempre parte de la imputación objetiva<sup>168</sup>. En los casos en que no existe posición de garantía (los que aquí nos interesa) y fuera de los que no hay causación del resultado, como el del ingeniero que desea adquirir un auto y que conoce de una falla mecánica grave, y no obstante, lo conduce, debe responder, pues se espera que un “conductor de autos” no conduzca vehículos en malas condiciones. Este último caso revela, como él ha indicado que, «[e]l aspecto cognoscitivo es parte esencial de la imputación objetiva, en cuanto conforma la representación de la realidad respecto de la cual se predicen los deberes que emergen de los diversos roles sociales»<sup>169</sup>.

A mí no me convence los postulados funcionalistas, al sujeto no se le puede abordar según una configuración normativa de sociedad, sino bajo el esquema de una sociedad empírica esencialmente contradictoria, y es por eso que la imputación objetiva de Jakobs, pese a su piramidal coherencia, sale sobrando o carece de relevancia. La crítica a Jakobs, únicamente, tiene validez desde la perspectiva en cuanto *cómo* se asuma a la sociedad y la naturaleza (la realidad o mundo objetivo).

Así por ejemplo, la crítica de Kindhäuser es precisa, pues atañe a la *configuración normativa de la sociedad*, él afirma que «[e]l Derecho penal se dirige al autor como a un ciudadano fiel al Derecho –y no como carteros o como estudiantes–. (...) Más bien, las normas del Derecho penal se dirigen con un mismo contenido a todos»<sup>170</sup>. En efecto, el sustento de la teoría de la imputación objetiva en tanto concepto normativo parte de que esta construcción tiene que *corresponderse* con

---

en *Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, 2ª ed., Barcelona: Bosch Editor, 2001, pp. 84 y s.

<sup>165</sup> Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, p. 70.

<sup>166</sup> Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, pp. 123 y s.

<sup>167</sup> Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, pp. 131 y ss.

<sup>168</sup> Cfr. G. Jakobs, PG, Apartado 7 a partir del segundo párrafo del n.m. 50.

<sup>169</sup> Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, p. 71.

<sup>170</sup> U. Kindhäuser, *Crítica a la Teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres Estudios*, Lima: Grijley, 1ª ed. 2007, p. 80; el mismo, *Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso*, en *Cuestiones de Derecho penal general y patrimonial*, Lima: ARA editores, 2005, p. 63; al respecto también, C. Roxin, “Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión”, pp. 474 y s.

la estructura normativa de la sociedad –premisa que aporta la teoría de los sistemas de Luhmann<sup>171</sup>, en alguna medida<sup>172</sup>, a Jakobs–, y en tanto, el derecho procesa expectativas, las cuales se dirigen a personas, esto es, portadoras de roles a efectos de orientar los contactos sociales y reducir la complejidad, entonces, al negarse uno de sus componentes esenciales (= rol social) se le da en la base del sistema penal funcional.

Por otra parte, la crítica a la Teoría de la imputación objetiva de C. Roxin evidentemente es fundada, pues qué imputación objetiva es esa que depende del aspecto subjetivo para establecer el pronóstico de riesgo<sup>173</sup>. Y eso resulta, nuevamente, de la forma como asumimos la configuración de la sociedad y *su conocimiento*, si junto a él se asume un modelo de *sociedad empírica* que se organiza orientándose por los principios del Estado Liberal y Social de Derecho –lo cual implica reconocer la pluralidad social y las contradicciones que le son inherentes–, entonces, el conocimiento de los eventos delictivos no puede suprimir en su análisis la contradicción e interrelación de los aspectos que subyacen en él; dicho de otro modo, en ningún momento se ha de desligar unilateralmente los aspectos objetivos y subjetivos del delito. *En consecuencia, la forma de sociedad de la que partimos no precisa de una teoría de la imputación objetiva, y esto porque esta es incompatible con la esencia de aquella.*

Asimismo, la respuesta al problema desde su Teoría de la imputación objetiva la consideramos inconsistente con su estructura sistemática del delito –pese a que Roxin manifieste lo contrario–, pues según esta perspectiva, el pronóstico objetivo-posterior de un observador inteligente antes del hecho (*ex ante*) considerando sus saberes especiales, ya de por sí introduce aspectos individuales del autor<sup>174</sup>. Esto último se hace patente, en campo de los delitos imprudentes, con

---

<sup>171</sup> N. Luhmann, “El derecho como sistema social” [1989] en *Teoría de los Sistemas y Derecho Penal*. Fundamentos y posibilidades de aplicación, Coord. Carlos Gómez-Jara Diez Lima: ARA edit., 2007, pp. 101 y ss., aquí se resalta la idea de que el derecho es parte del sistema social como un subsistema más; el mismo es explícito cuando afirma «Debe evitarse a toda costa formulaciones como la afirmación de que existe “conexiones entre” el Derecho y la sociedad, pues presupone que el Derecho es algo situado fuera de la sociedad. El sistema jurídico es un sistema funcionalmente diferenciado dentro de la sociedad», p. 104; al respecto, también, A. García Amado, *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, reimpresión de la 1ª ed., 1997, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 105 y ss.

<sup>172</sup> El mismo Jakobs en la consideración preliminar de su obra *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, manifiesta que «La exposición más clara entre la diferenciación entre sistemas sociales y psíquicos, que tiene consecuencias para el sistema jurídico, si bien con una enorme distancia con respecto al Derecho penal, se encuentra en la actualidad en la teoría de los sistemas de LUHMANN. Sin embargo, un conocimiento superficial de esta teoría permite advertir rápidamente que *las presentes consideraciones no son absolutos consecuentes con dicha teoría, y ello ni siquiera en lo que se refiere a todas las cuestiones fundamentales.*», p. 16, [el resaltado es nuestro].

<sup>173</sup> Armin Kaufmann, “¿«Atribución objetiva» en el delito doloso?”, ADPCP, t. XXXVIII, Fasc. III. Instituto Nac. de Estudios Jurídicos, Madrid, 1985., p. 816., aquí manifiesta que resulta imprescindible el saber del autor como fundamento de la valoración; véase, también, M. Cancio Melia, “*Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva*”, pp. 220 y ss.

<sup>174</sup> Cfr. Björn Burkhardt, *Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez una aportación contra la “confusión entre lo objetivo y subjetivo”*, trad., de Nuria Pastos M. en *El Sistema integral del Derecho penal* [1996], Jürgen Wolter/Georg Freund (eds.). Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2004, pp. 157 y ss., así pues, los argumentos como que «el tipo objetivo y la imputación objetiva no se llaman “objetivos” porque las circunstancias carezcan de importancia para ellos, sino porque “la acción del tipo constituida a través de la imputación” (el

su criterio: «generalizar hacia “abajo” e individualizar hacia “arriba”»<sup>175</sup>, lo cual hace un notorio contraste con lo señalado por él, esto es, que el *injusto* tiene el objeto de delimitar el comportamiento penalmente prohibido del permitido, sin tener en consideración al autor individual; habiéndolo precisado también, en su *Parte General*<sup>176</sup>, «la imputación al tipo objetivo se vincula a los baremos de creación del peligro y del fin de protección, que son independientes de la individualidad del sujeto».

La razón del por qué las capacidades mayores a la media deben ser activadas se encuentra en la base de su sistema político-criminal: se deben evitar las lesiones evitables de bienes jurídicos, lo cual se logra mediante la prohibición de acciones peligrosas *ex ante*. No obstante, si bien los conceptos de han de elaborar a fin de protección de bienes jurídicos, tal metodología debe tener un límite, pues redundaría negativamente en la pérdida de científicidad del sistema y *hace manipulable los conceptos normativos*, como ocurre. Así pues, el contenido prohibitivo de la norma a ser determinado *ex ante* requiere del conocimiento especial del autor, ya que de otro no lograría su cometido, entonces, nos damos cuenta que la norma no establece una pauta general de comportamiento para un autor estandarizado general promedio, sino para un autor individual en su concreto ámbito de actuación, lo que lleva, consecuentemente, a efectuar un juicio de valoración global (aspectos subjetivos y objetivos) atendiendo a las capacidades individuales del autor concreto<sup>177</sup>.

Por otra parte, existe inconsecuencia sistemática cuando no toma en cuenta las capacidades inferiores a la media (imposibilidad individual de actuar de otro modo), que en su caso excluirían la culpabilidad mas no la tipicidad, ya que como se señaló, los aspectos individuales no forman parte del injusto. Ahora esto tampoco resulta plausible, no creo que concurra la tipicidad cuando individualmente no se puede evitar el resultado.

El argumento de Roxin en contra de la concepción individualizadora, a saber que la norma se dirige a todos<sup>178</sup>, no es un argumento del todo válido, pues si bien la norma contiene un deber general, este se ha de concretizar en el contexto con el *enjuiciamiento*, de esa forma la norma se individualiza en cada caso particular<sup>179</sup>.

---

resultado de la imputación), (...), es algo objetivo» o que «los conocimientos especiales interesan únicamente como dato orientativo para la construcción de un juicio objetivo-individual de peligro», son prueba de la contrariedad al sistema; asimismo, Ernst-Joachim Lampe, “La causalidad y su función jurídico-penal” [1989], en *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, trad., de Guillermo Orce, 1ª ed., Lima: Grijley, 2003, pp. 70 y s.

<sup>175</sup> C. Roxin, PG. § 24 n.m. 50.

<sup>176</sup> C. Roxin, PG. § 24 n.m. 51.

<sup>177</sup> Fundamental, U. Kinhäuser, *Crítica a la Teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres Estudios*, pp. 36 y s.; asimismo, Gracia Martín. “Consideraciones críticas acerca de la Teoría de la imputación objetiva desde la perspectiva del finalismo”, (Prólogo al libro de M. Ángeles Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (una investigación a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto), en *Estudios de Derecho penal*. Lima: IDEMSA, 2004, pp. 52 y s.

<sup>178</sup> C. Roxin, PG. § 24 nm. 53.

<sup>179</sup> Ver *Infra* Teoría del reflejo en la norma.

Finalmente, en contra de Roxin<sup>180</sup>, emplear un baremo general en caso de capacidades inferiores a la media y –en cambio– uno individual en el caso de las superiores supone una forma arbitraria de delimitar y concretizar un deber de actuar. Se advierte que la imputación objetiva de Roxin al depender en determinados supuestos de los aspectos subjetivos y, por tanto, de la individualidad del autor, se muestra inconsistente, fracasando en su cometido de establecer *un parámetro* objetivo de valoración, llegando a ser innecesaria o superflua. En ese sentido, Gracia tiene toda la razón cuando manifiesta que, «continúa en pie la objeción finalista de que sin examinar el contenido de la voluntad del autor no puede determinarse ya el tipo objetivo del delito realizado por el autor»<sup>181</sup>.

## 2.2. Crítica: ¿Relevancia de lo “social” en la Teoría de la imputación objetiva de Jakobs?

Los defensores del funcionalismo se han encargado de “rescatar” el *aspecto social* en el análisis de la atribución de responsabilidad penal –lo cual presupone se ha perdido–, esto es, que el Derecho regula relaciones sociales y no naturalísticas. Así pues, su primigenio instrumento conceptual que permite prestar un interés por un hecho acaecido es la imputación objetiva como esquema de interpretación. Este esquema es pregonado como una construcción eminentemente social. Sin embargo, no existe, en verdad, un contenido social en tal construcción. La dialéctica materialista ha demostrado que lo social no se explica sin lo individual, y por lo tanto, no se puede prescindir del aspecto subjetivo-individual para determinar una conducta como social; por otra parte, lo social da significado al comportamiento humano individualmente considerado, pero no se debe desligar la base de dónde surgió ese sentido social. La dialéctica rechaza los análisis unilaterales, como el asumir al hombre abstraído de su contexto de actuación, pero también rechaza el desprendimiento unilateral del sentido social de la individualidad humana. Precisamente, el peligro de encubrir la realidad se encuentra en este último análisis, la separación de la idea de su base material lleva a análisis mucho más sesgados. En definitiva, el tipo objetivo y su contenido “social” no existe sin el tipo subjetivo; en consecuencia, lo que en realidad hace la Teoría de la imputación objetiva es convertir el tipo objetivo en valorativamente neutral.

Con la elevación unilateral que los defensores de la teoría de la imputación objetiva hacen de lo “social” se crea más bien un obstáculo para analizar el comportamiento *real*, o mejor dicho el suceso fáctico configurador de la lesión de un bien jurídico; y peor aún, tergiversa la realidad al no permitir ir más allá de *standards*. Asimismo, eliminaría de plano las «razones» que se pudieran dar para estimar un comportamiento como típico, dicho de otro modo, elimina el conocimiento del verdadero sentido del actuar humano.

**Conclusión:** Una Teoría de la imputación objetiva en el sentido de Roxin es *superflua* para una comprensión de sociedad empírica, en tanto que una Teoría de

---

<sup>180</sup> C. Roxin, PG. § 24 nm. 58.

<sup>181</sup> L. Gracia Martín, “*Algunas consideraciones sobre el concepto y Sistema del Derecho penal*”, en *Estudios de Derecho penal*. Lima: IDEMSA, 2004, p. 34, agregando luego que, «[l]a cuestión de si una acción es peligrosa y en qué medida lo es no puede determinarse exclusivamente en el plano objetivo sino que es preciso tener en cuenta tanto los conocimientos del autor sobre las circunstancias del hecho como también la dirección de la voluntad de la acción», p. 35.

la imputación objetiva en el sentido de Jakobs es *incompatible* con la dinámica individual-social objetiva (dialéctica). Si en palabras de Polaino Navarrete la Teoría de la imputación objetiva es «una depurada pieza de arte de miniaturista»<sup>182</sup> es, pues, una teoría que solo puede exhibirse como un gran invento –que no se niega–, pero que no tiene una utilidad para una sociedad *real*.

### 2.3. Crítica: ¿División didáctica o metodológica del tipo penal en objetivo y subjetivo?

Sobre la base de lo señalado, debemos concluir que la Teoría de la imputación objetiva realiza una separación metodológica y no solo didáctica del tipo penal en uno objetivo y subjetivo, en la cual se hace patente con imputaciones independientes en cada nivel, lo que desde nuestra perspectiva *es lo que lleva a resultados incongruentes* (Roxin) e *insatisfactorios* (Jakobs) en la atribución de responsabilidad al autor con un *saber especial*. Así pues, me resulta cuestionable que Roxin aun cuando manifieste<sup>183</sup> que su sistema no conduce a una “división” de la conducta delictiva en una multiplicidad de “elementos”, –en tanto se debe mantener la acción delictiva como una unidad inseparable–, sino que por el contrario la categorías delictivas únicamente expresan diversos momentos valorativos que resultan significativos, su teoría de la imputación al tipo objetivo hace, precisamente, lo contrario: esta Teoría estima el resultado lesivo como *obra* del inculpado ya en el tipo objetivo, afirmando que «es una cuestión de imputación objetiva y no un problema de dolo»<sup>184</sup>, pero entonces cómo se explica que la acción sea una unidad, algo solamente puede ser obra de alguien si no se prescinde del aspecto subjetivo. En conclusión, Roxin convierte el análisis didáctico en metodológico, desnaturalizando la realidad de las cosas<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> M. Polaino Navarrete, *Lectio doctoralis*: Quince minutos de Derecho penal, Lima: Grijley, 2007, p. 47.

<sup>183</sup> C. Roxin, PG. § 7 n.m.76.

<sup>184</sup> C. Roxin, PG. § 11 n.m. 37.

<sup>185</sup> H. Joachim Hirsch, “Acerca de la Teoría de imputación objetiva”, en *Obras Completas*. Libro Homenaje., t. 1, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; 1999, pp. 62 y ss.

## A. Aplicación del método I

### 1. Sociedad y persona: *Una concepción personal. A la vez una crítica a la concepción normativa de la sociedad*

A efectos de desarrollar una solución al problema objeto de la tesis me es imprescindible asumir una posición sobre *la sociedad* y su configuración. A fin de lograr este objetivo el método dialéctico nos proporcionara la respuesta.

Desde una perspectiva *correcta* –de reconocer al mundo y a todo lo que hay en él como lo real y lo objetivo–, la sociedad *es* una formación compleja que nace de la interacción de los *hombres y la naturaleza*. La actividad y las relaciones del hombre *constituyen* la realidad social.

Para poder comprender y conocer a *la sociedad* tenemos que partir de premisas –estas ya han sido señaladas–: El mundo o realidad objetiva existe independientemente de nuestro pensamiento o la conciencia del hombre y ese mundo se encuentran en constante cambio y movimiento (tesis I y II). La *realidad objetiva* posee las propiedades de *espacio y tiempo*, las mismas que son, también, propiedades de la materia (del mundo objetivo). De aquí que si aplicáramos consecuentemente estas premisas al conocimiento de la sociedad llegaremos a la conclusión –en contraste con la noción normativa de la sociedad– que esta última es errada<sup>186</sup>.

*La sociedad pertenece o forma parte del mundo objetivo*, su actividad y relaciones revelan su movimiento constante, y por ende, su complejidad. Si la sociedad pertenece al mundo objetivo, entonces ha de poseer sus cualidades: espacio y tiempo. En efecto, la sociedad se desarrolla en el *espacio*, tiene un lugar en el mundo, pues pertenece a él, de aquí que sus interacciones sociales requieren un lugar. Si las interacciones o relaciones sociales requieren un espacio es, precisamente, porque estas son también un espacio. Por el contrario, la concepción normativa no cuenta con un espacio, sus componentes, es decir, las normas solo expresan un significado que se ha desprendido de su base fáctica real.

Asimismo, la sociedad, también *existe en el tiempo* y tiene, por lo tanto, una historia; sus interrelaciones en el devenir del tiempo son, precisamente, su historia. La sociedad no es solo lo presente, sino que lleva dentro de sí lo pasado y su proyección futura (negación de la negación); a la sociedad le pertenecen sus interrelaciones en su *devenir*. De modo contrario, una concepción normativa de la sociedad es ahistórica. Esta explica las expectativas actuales (lo que se espera), pero elimina su explicación progresiva, así como su evolución, ya que «la sociedad se niega a entenderse a sí misma de otro modo»<sup>187</sup>.

Por lo tanto, una noción normativa de sociedad no se corresponde con las cualidades del mundo objetivo, es ahistórica y carece de una base fáctica real. El sistema social de Luhmann y que Jakobs toma *relativamente*<sup>188</sup> para su sistema de Derecho penal es una forma ideológica encubridora de la realidad. Jakobs desde

---

<sup>186</sup> Asimismo, la noción de sociedad de Reyes Alvarado, siguiendo términos similares a los de Jakobs, como “construcción” debe rechazarse: «La sociedad constituye una superestructura artificialmente construida por el hombre con la finalidad de armonizar la convivencia entre grupos de individuos», *Imputación Objetiva*, p. 61; en esa línea, Heiko Lesch, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá: Univ. Externado de Colombia, 1ª ed., 1995, pp. 20 y ss.

<sup>187</sup> G. Jakobs, *Sociedad, Norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, p. 18.

<sup>188</sup> Ver *supra* Capítulo V. 3.



mi perspectiva *solo reconocería el movimiento en el concepto mas no de la realidad*, su sistema penal es ejemplificativo en ello y tal premisa filosófica se condice con el neohegelianismo<sup>189</sup>.

Ahora, es preciso indicar que no se debe confundir a la *ciencia de la sociedad*, que solo surge cuando se hacen generalizaciones de los hechos sociales, con la *sociedad misma*. Estas generalizaciones constituyen estructuras –puesto que es la teoría la que explica a la sociedad de una u otra forma (correcta o incorrecta)–, pero *de ningún modo pueden constituir la sociedad misma*, aquellas explican por qué los hombres hacen la historia precisamente de una manera u otra, sin embargo, no agotan la sociedad.

A propósito, Marx y Engels en *La Sagrada Familia* realizaron una crítica a la filosofía especulativa de Hegel –a este «[l]o que importa, pues, en el *estudio de la ciencia* es el asumir el esfuerzo del concepto. Este estudio requiere la concentración de la atención en el concepto en cuanto tal (...)»<sup>190</sup>–. Tal filosofía lleva, como ya indicamos, a una separación entre la actividad teórica y la práctica; y esto es lo que ocurre con el Sistema del Derecho penal funcional. Ambos autores desmitificaron el pensamiento especulativo hegeliano y su procedimiento:

«Cuando, partiendo de las manzanas, las peras y las fresas reales, me formo la representación de “*fruta*” y cuando, yendo más allá, me *imagino* que mi representación abstracta, “*la fruta*”, obtenida de las frutas reales, es algo existente fuera de mí, más aún, el *verdadero* ser de la pera, de la manzana, etc., explico –*especulativamente* hablando– “*la fruta*” como la “sustancia” de la pera, de la manzana, de la almendra, etc. Digo, por tanto, que lo esencial de la pera no es el ser pera ni lo esencial de la manzana el ser manzana. Que lo esencial de estas cosas no es su existencia real, apreciable a través de los sentidos, sino el ser abstraído por mí de ellas y a ellas atribuido, el ser de mi representación, o sea “*fruta*”. Considero, al hacerlo así, la manzana, la pera, la almendra, etc., como simples modalidades de existencia, como *modos “de la fruta”*. Es cierto que mi entendimiento finito, basado en los sentidos, *distingue* una manzana de una pera y una pera de una almendra, pero mi razón especulativa considera esta diferencia sensible como algo no esencial e indiferente. Ve la manzana *lo mismo* que en la pera y en la pera lo mismo que en la almendra, a saber: “*la fruta*”. Las frutas reales y específicas sólo se consideran ya como frutas *aparentes*, cuyo verdadero ser es “*la sustancia, “la fruta”*” (...)».

«Lo que fundamentalmente interesa a la filosofía especulativa es, por tanto, el engendrar la *existencia* de los frutos reales profanos y el decir de un modo misterioso que hay manzanas, peras, almendras y pasas. Pero las manzanas, las peras, las almendras y las pasas con que volvemos a encontrarnos en el mundo especulativo no son más que *seudomanzanas, seudoperas, pseudoalmendras y seudopasas*, pues son momentos vitales de “*la fruta*”, de este *ser intelectual* abstracto y, por tanto, en sí mismas, *seres intelectivos* abstractos. (...) El valor de las frutas profanas no consiste *ya* tampoco, por consiguiente, en sus cualidades

---

<sup>189</sup> Doctrina que critica la filosofía de Hegel por admitir la naturaleza contradictoria del ser, siendo las contradicciones de las cosas algo ilusorio, sino que las contradicciones pueden darse solo en el pensamiento. (Konstantinov, *op. cit.*, p. 246).

<sup>190</sup> G. W. F. Hegel, *Fenomenología del Espíritu*, (Prólogo, IV. Lo que se requiere para el estudio filosófico), trad., de Wenceslao Roces, México D.F.: Fondo de cultura económica, 1ª ed., en español 1966, (6ª reimpresión de la ed., 1985), p. 39.

*naturales, sino en su cualidad especulativa, gracias a la cual ocupa un lugar determinado en el proceso vital “de la fruta absoluta”».*

«Esta operación se llama, en terminología especulativa, concebir la *sustancia* como *sujeto*, como *proceso interior*, como *persona absoluta*, como concepción que forma el carácter esencial del método *hegeliano*»<sup>191</sup>.

Sobre la base de lo indicado, tomar a un sistema de comunicaciones como lo real e identificarlo con la sociedad<sup>192</sup> y a su vez excluir toda consideración ontológica o empírica, muestra el proceso de abstracción unilateral de los datos de la realidad a su absolutización. Los *conceptos*, con los que trabaja la sociología sistémica en general y la concepción de Jakobs en particular, no cabe duda que se generaron a partir de los datos de la realidad; sin embargo, una vez establecidos como tales, se independizaron de su fuente material y se han desarrollado al margen de esta.

El peligro de no diferenciar la teoría y la actividad práctica puede conducirnos a transformar el conocimiento en un sistema cerrado en sí mismo (por ejemplo, lo que cuenta es la «fuerza de autoconservación»<sup>193</sup> [del sistema]). A eso es lo que lleva la comprensión sociológica de Luhmann –y que Jakobs asume en parte<sup>194</sup>–, pues, efectivamente, aquí el saber pierde su conexión con su objeto, y por ello, lo privan de su función principal: enriquecer a los hombres con nuevos conocimientos. En ese sentido, el enfoque funcionalista de la sociedad no pone al descubierto ni las causas que unen los distintos elementos estructurales de la sociedad ni las leyes y fuentes del desarrollo de esta, por tal motivo dicho enfoque, puede en el mejor de los casos servir de elemento integrante de la teoría general, pero esta última no puede reducirse solo a este enfoque.

En cuanto al hombre, este es un ser social, pues en él se refleja o sintetiza la interacción social, pero ¿qué significado puede tener esto, si a primera vista, puede resultar algo obvio?, la trascendencia de esta premisa es que la acción recibe su sentido, precisamente, del ser social del hombre; por lo tanto, la individualidad es la que sintetiza el sentido social. Lo social no se explica sin la individualidad, ambos son interdependientes. En el Derecho esto significa que las normas (función de determinación) se dirigen a la generalidad, *in abstracto*, a todos en cuanto a su ser social, sin embargo, los deberes (prohibiciones y mandatos) se han de concretizar en la individualidad del actuante, en consecuencia, la norma se dirige, finalmente, a un sujeto concreto –a la individualidad–, pues en este nivel, es decir, en su ámbito concreto, debe actuar<sup>195</sup>. Ya Marx en la *tesis 6 sobre Feuerbach*, dejó en claro que la «esencia humana no es algo abstracto inherente a cada individuo. Es, en realidad, el

---

<sup>191</sup> C. Marx y F. Engels, *La Sagrada Familia o crítica de la crítica crítica. Contra Bruno Bauer y consortes*, [1845], trad., de Wenceslao Roces, 2ª ed., México D. F.: editorial Grialdo, 1959, (2. El misterio de la construcción especulativa), pp. 122 y ss.

Nota: He intentado sacar algunos párrafos importantes, pero creo que a pesar de ello se pierde mucho la riqueza de la descripción del método hegeliano, lo cual implica remontarse al texto si aún no se logra la comprensión con las citas.

<sup>192</sup> G. Jakobs, “*Sociedad, norma y Persona*”, pp. 15 y ss.

<sup>193</sup> G. Jakobs, “*Sociedad, norma y Persona*”, p. 37.

<sup>194</sup> Ver *supra* Capítulo V. 3.

<sup>195</sup> Rechazamos la tesis Jakobsiana de que «las normas se rigen respecto de personas, es decir, respecto de portadores de derechos y deberes, pero no para individuos humanos», (Prólogo a la colección de artículos *Dogmática de Derecho Penal y configuración normativa de la sociedad*; el mismo, en “*Sociedad, norma y Persona*”, pp. 50 y ss. Ver *Infra* la Teoría del reflejo en la norma.

conjunto de las relaciones sociales»<sup>196</sup>; Asimismo, en la tesis 8, indicó: «La vida social es, en esencia, práctica. Todos los misterios que descarrían hacia el misticismo, encuentran su solución racional en la práctica humana y en la comprensión de esta práctica»<sup>197</sup>.

Finalmente, la forma de configuración de nuestra sociedad –la latinoamericana– que existe independientemente de nuestro pensamiento, tiene un lugar en el espacio y se desenvuelve en el tiempo con esencia contradictoria por sus relaciones inherentes (historia). Asimismo, quiero señalar –absolutamente en contra de quienes pretenden dar aplicación a los postulados funcionalistas del Derecho Penal– que nuestra sociedad, a diferencia de lo que señala Jakobs, es distinta a la occidental<sup>198</sup>, ya que América latina no es ni pertenece a la sociedad occidental, sino solo es culturalmente cercana, en tanto ha tenido un desarrollo distinto de aquella<sup>199</sup>.

---

<sup>196</sup> C. Marx, Tesis sobre Feuerbach, en C. Marx y F. Engels, *Obras escogidas*, p. 25.

<sup>197</sup> C. Marx, Tesis 8, en C. Marx y F. Engels, *Obras escogidas*, p. 26.

<sup>198</sup> Ver *supra* las características de la sociedad occidental descrita por Jakobs, Capítulo V, 1, 1.2.

<sup>199</sup> Véase, Samuel P. Huntington, *El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, trad. de José Pedro Tosaús Abadía, 4<sup>a</sup> reimpresión de la 1<sup>a</sup> ed., argentina de 1997, Buenos Aires: Paidós, 2001. Este autor se sirve de estas conclusiones para fundamentar la exclusión de los pueblos del mundo occidental, entre los pueblos excluidos se encuentra Latinoamérica.

## B. Aplicación del método II

### Teoría del reflejo en el tipo

Parto del finalismo, porque primordialmente se corresponde en la *forma* con los postulados I y III de mi método –*el mundo existe independientemente de nuestra conciencia y las formas del pensamiento constituyen un reflejo de la realidad*. Efectivamente, la teoría de la acción final muestra que el objeto o materia de regulación es un comportamiento humano acaecido en el mundo objetivo; el punto de partida es la *realidad*, la ontología; sin embargo, debo reiterar que solo es eso, un punto de partida. Además, el aporte del finalismo del traslado del dolo al tipo derivado de la acción final constituye, nuevamente en la *forma*, la idea, sobre la base de la cual, las formas del pensamiento, es decir, los conceptos –en el Derecho penal nos referimos a la norma penal contenida en el tipo legal– son un reflejo de la realidad. En efecto, Welzel estableció que la *acción humana se refleja* en el tipo penal, si a la acción le es constitutiva la finalidad, ello lleva necesariamente a concluir que el dolo se encuentra en el nivel de la tipicidad. Dicho de otro modo, la realidad (acción final) se refleja en el concepto (tipo penal).

Veamos cómo mi método se corresponde en la *forma* con los postulados de Welzel: La vinculación a las estructuras lógico-objetivas. En el Prólogo de 1960 a la 4ª edición alemana de “*El nuevo Sistema de Derecho Penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*”, reiteró<sup>200</sup> lo siguiente:

«El ordenamiento jurídico determina por sí mismo qué elementos ontológicos quiere valorar y vincular a ellos consecuencias jurídicas. Pero no puede modificar los elementos mismos, si lo recoge en los tipos. Puede designarlo con palabras, destacar sus caracteres, pero ellos mismos son el elemento individual, material, que constituye la base de toda valoración jurídica posible. *Los tipos penales pueden sólo ‘reflejar’ este material ontológico, previamente dado, describirlo lingüística y conceptualmente, pero el contenido de los ‘reflejos’ lingüísticos conceptuales puede ser sólo puesto de relieve mediante una comprensión penetrante de la estructura esencial, ontológica, del elemento material mismo*. De ello se deduce para la metodología, que la ciencia del Derecho Penal tiene que partir siempre, sin duda, del tipo (...) pero tiene que trascender luego el tipo y descender a la esfera ontológica, previamente dada, para comprender el contenido de las definiciones y para (...) comprender también correctamente las valoraciones jurídicas»<sup>201</sup>.

Como se observa, la acción final (estructura lógico-objetiva), en tanto objeto de conocimiento<sup>202</sup>, es aprehendida, más precisamente, reflejada en el concepto (el tipo penal), como una unidad del acontecer externo e interno; por otra parte, el “ir

---

<sup>200</sup> En el Prólogo, Welzel señala que reproduce la cita de su trabajo “Sobre las valoraciones en el Derecho Penal”, *El nuevo Sistema del Derecho Penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. y notas de J. Cerezo Mir, reimpresión de la 1ª ed. en castellano de 1964, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002.

<sup>201</sup> Welzel, *El nuevo Sistema de Derecho Penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Prólogo a la 4ª ed., alemana, pp. 30 y s., (el subrayado es nuestro).

<sup>202</sup> Véase la nota 2 del texto *El nuevo Sistema de Derecho Penal*, en la cual indica que, «Estructuras lógico-objetivas son estructuras de la materia de regulación jurídica destacadas por la lógica concreta, que se orienta directamente en la realidad, objeto de conocimiento» p. 31.

y venir” del tipo a la acción no es otra cosa que lo que hace nuestro método en forma de movimiento dialéctico, y que hemos denominado *enjuiciamiento*.

El punto de partida ontológico de todo estudio y el *reflejo* del mismo en el concepto, serán analizados desde una *perspectiva normativa*, es decir, orientada a los fines del Derecho penal. Nuestro estudio considera que el Derecho en una construcción normativa o valorativa, ya que el Derecho se construye orientado a unos fines específicos, teleológicamente: *Limitación del poder punitivo del Estado que se expresa jurídicamente en la Teoría de los bienes jurídicos*. Por tanto, los conceptos del Derecho han de ser, también, construcciones normativas, pero no construcciones libres.

El punto de partida ontológico o del mundo objetivo y la idea del Derecho como construcción normativa aparenta una contradicción, pero esta se desvanece cuando incluyamos en todo momento el postulado II *–la realidad objetiva se encuentra en constante cambio y movimiento–*. La conjunción de los tres postulados íntimamente vinculados y el método dialéctico asumido en el capítulo I, nos conducen a una crítica al finalismo. Entendemos a la acción como un dato *social*, es decir, en constante interrelación con la sociedad y no aislada de ella; el comportamiento humano final da origen a la sociedad, pero luego esta le da significado a aquella, y a su vez el comportamiento individual da origen a una reinterpretación de su significado social, o sea una retroalimentación o *feedback* constante (dialéctica: interdependencia indisoluble). En consecuencia, la individualidad y unilateralidad del comportamiento orientado por un fin no es negada por nosotros, sino que forma parte del análisis dogmático, y solamente *el método dialéctico nos guiará a introducirlo en el momento preciso*.

En efecto, las valoraciones propias de la sociedad se *incorporan* en la acción, de esto se desprende el abandono del finalismo (Teoría de la acción final–vinculación relativa a las estructura lógico-objetivas). Por otra parte, en cuanto a nuestra premisa metodológica III *–Teoría del reflejo–* y II *–movimiento de la realidad–* estos superarán la “*correspondencia*” formal y aparente “reflejo” entre la materia de regulación (acción final) y el concepto (tipo penal) que plantea el finalismo, ya que al dotar de verdadero contenido social a la acción *su reflejo* en el concepto *también* será social y no puramente final u ontológico; de esto se desprende que *el concepto adquiere también movimiento*. El tipo penal constituirá una unidad de sentido social<sup>203</sup> y, por lo tanto, valorativo, ya *no* un reflejo de un comportamiento humano final visto de forma unilateral (nuevamente se abandona el finalismo). El comportamiento humano es expresión esencialmente final pero no vincula al Derecho penal.

Voy a poner dos ejemplos de acciones finales, los cuales se condicen con los cometidos de la Doctrina de la acción (desarrollar el principio estructural general

---

<sup>203</sup> Este resultado no puede ser otro que el de la dialéctica, es decir, de la necesidad de estudiar los fenómenos en sus mutuas relaciones orgánicas. Al respecto, J. Bustos, *Obras Completas*, t. I, p. 372, señaló lo siguiente: «La importancia metodológica de los hegelianos reside, pues, en el acento sobre el aspecto subjetivo y su indisolubilidad de lo objetivo, la comprensión como una unidad del delito frente a las posiciones analíticas atomizantes que dominaban como consecuencia de una lógica deductiva». Señalamos esto, porque nuestro método se fundamenta en la dialéctica hegeliana puesta de pie por Marx.

de las acciones humanas)<sup>204</sup>, para demostrar que con lo descrito realizamos un avance en relación con la teoría final de la acción:

Fabrizio en este *momento actual* se dispone *conscientemente* (anticipa un fin mentalmente) a tomar un lapicero y una hoja en blanco (selecciona los medios para lograr dicho fin), y realiza trazos en él, el resultado de los trazos es: AMOR. La conclusión unánime es que Fabrizio realizó una acción final de escribir –fenomenalizada con la palabra “amor”–, lo cual no sería cuestionado por nadie, sino solo por un loco, ya que tiene un «sentido».

Gabriel en este *momento actual* se dispone *conscientemente* (anticipa un fin mentalmente) a colocar, en línea recta y en un espacio vacío (selecciona los medios para lograr dicho fin), una silla, seguidamente, una pelota, luego, una piedra, también, una llanta y, por último, un zapato. Él hizo la secuencia por puro gusto, pero sabiendo lo que hacía, aun cuando pudo estar deseando configurar una nueva forma de comunicación; pese a ello, realizó una acción final de colocar objetos arbitrariamente. Esto significa, para todos –unánimemente– incluso para Gabriel, un *nada*, definitivamente, un «sinsentido» (no se incorporan aquí a los artistas, esto también lo sabe Gabriel).

No obstante, en un contexto diferente, o mejor aún, en una sociedad cualitativamente distinta, esta última “acción final de colocar objetos arbitrariamente”, puede perfectamente interpretarse como una “acción final de escribir”, y probablemente, el primer comportamiento se convierta en un «sinsentido».

Ahora, de lo descrito se observa claramente que ambos comportamientos, *en el momento actual y en el momento futuro*, tienen la misma estructura final (voluntad y dirección) ¡su base ontológica es la misma!, por lo tanto, no es la voluntad final la que le da sentido a los comportamientos, si ello es así, entonces, ¿qué o quién es lo que le dio al primer comportamiento el «sentido» de una acción final de escribir? ¿Por qué el primero es un «sentido» y el segundo un «sinsentido»?; si no es la voluntad, ¿qué es? La respuesta no puede ser otra: es la sociedad. *La voluntad viene condicionada históricamente por el devenir social-cultural*, intuyo que *no hay una clausura*<sup>205</sup> entre el sistema psicofísico-causal o neurológico y la sociedad, sino *una incidencia configurativa de la segunda sobre el primero*.

---

<sup>204</sup> Welzel, “*La doctrina de la acción finalista, hoy*”, ADPCP, T. XXI, Fasc. II, Mayo-Agosto, Madrid, 1968, así afirma, «Lo único que me interesa en la doctrina de la acción es poner de relieve el principio estructural, general, de la acción humana, es decir, de su *dirección*, y demostrar que la “acción”, también, en su curso “externo”, es un acontecer dirigido por la voluntad, por consiguiente, una unidad de voluntad interna y hecho externo», p. 223.

<sup>205</sup> Contrario a lo que señalo, véase, G. Jakobs, “*Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica*” [2005], en *Teoría funcional de la pena y culpabilidad*, Manuel Cancio Meliá/Bernardo Feijoo Sánchez (ed.) Seminario de G. Jakobs en la UAM. Madrid: Thomson Civitas, 1ª ed., 2008, «Lo que en la dogmática del Derecho Penal es considerado la conducta, el estado corporal conducido o susceptible de ser conducido, es decir la expresión de una persona «natural», es tratado en exclusiva por los resultados de la nueva investigación neurológica (de nuevo) como una producto de procesos neuronales que pertenecen por su parte al mundo físico causal clausurado», pp. 169 y ss.

En efecto, la base ontológica del comportamiento, o neurológico si se quiere, —el acontecer dirigido por la voluntad— no da sentido al actuar. En el ejemplo, Gabriel y Fabrizzio no le dan el sentido de escribir a su acción final, su voluntad no es autónoma, sino que viene condicionada por lo social; ambos intencionalmente pudieron estar escribiendo voluntariamente, pero es la sociedad la que reconoce a uno el sentido de escribir mientras que al otro no, pese a que realizan ¡objetiva y subjetivamente lo mismo! En consecuencia, discordamos con la tesis fundamental del finalismo<sup>206</sup> que es la voluntad la que da a la acción *sentido*. La acción final de Welzel es, en efecto, vidente, pero *desorientada*.

Conforme a lo indicado, el inventor de la clave morse por más que haya instalado las redes eléctricas de un país a otro, con la voluntad de comunicarse, (su voluntad dirigió los medios para el logro del fin), no lo hubiera logrado si sus receptores no le daban el sentido de una comunicación.

Sin embargo, de las tesis del finalismo y, únicamente, de ella, y de su crítica surge la tesis correcta; dicho de otro modo, la doctrina de la acción final se encuentra parcialmente completa, y por ello hay que darle verdadera dirección, así pues reconozco que el sentido que da la sociedad tiene como base estructural la acción ontológica (final), ya que el sentido social no surgió de la nada o apareció como un fantasma a los hombres, eso no es lo que pasa con el sentido social. Lo que provee de sentido a las conductas tuvo un origen en el comportamiento final que se ha reiterado, una y otra vez, en el proceso histórico de la humanidad. De esa forma, se observa, nuevamente, la dialéctica de lo social y lo individual, la mutua interdependencia entre lo ontológico y lo social. En ese sentido, seguimos a Welzel, señalando que la base estructural del comportamiento (en su caso la acción final y en el nuestro la fusión de lo individual con lo social) debe ser respetada por el Derecho, si no quiere llegar a soluciones erradas. Se precisa una vinculación, al mismo modo como el finalismo lo hace con las estructuras lógico-objetivas y sin matizaciones, pero a la *acción social*<sup>207</sup>.

Con lo dicho llego a lo que Gracia Martín se propone: la fusión entre realidad y valor. El Derecho penal no puede tomar separadamente el aspecto social —como hace la teoría funcionalista de Jakobs, aunque a su modo de concebir la sociedad— o el aspecto ontológico —finalismo—, ya que se cae en la unilateralidad.

El análisis del comportamiento no puede desligar los dos aspectos, y la dialéctica como método es el único capaz de comprender las relaciones de contradicción que se desenvuelven en el seno de la realidad (ontología y valor), los cuales existen en el mundo objetivo y la naturaleza, pues este método se desenvuelve paralelamente a la forma como se desarrolla la misma realidad objetiva.

Mi método es esencialmente *igual en la forma* o, mejor dicho, *estructuralmente* igual al de Welzel (vinculación *relativa*<sup>208</sup> al ser o a las cosas), pero es distinto en

---

<sup>206</sup> No concordamos con el finalismo ortodoxo de Gracia Martín, quien mantiene la posición que «sólo el conocimiento y la voluntad libre dotan a una acción de un sentido específico y de diferencia axiológica», “*El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría de delito*”, RECPD 06 (2004), <http://criminnet.ugr.es/recpd/06/recpd06-07.pdf>, p. 07/10.

<sup>207</sup> Mi concepto de acción social no se apareja en ningún modo con el “concepto social de acción” de Jescheck, ver C. Roxin, PG, § 8 n.m.

<sup>208</sup> Welzel, “*Derecho natural y positivismo jurídico*” [1953], en *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 198.

el contenido, *parcialmente*; nos vinculamos al *ser social* que presupone y no descarta la base ontológica –la materia donde surge el ser social–.

En este punto es imprescindible citar a Zaffaroni:

«La teoría de las estructuras lógico-objetivas pretende que el legislador esté vinculado con el mundo cuando menciona cualquier concepto y que, por tanto, debe respetar el orden del mundo, so pena de ineficacia legislativa, salvo cuando violente estructuras lógico-objetivas fundamentales, como la que hace a la idea de persona, en cuyo caso caerá en un puro ejercicio de poder. El abandono de esta teoría en la doctrina penal posterior a Welzel llama la atención. *Es verdad que no existe un concepto óntico de acción humana y que al respecto el finalismo incurrió en un exceso de onticidad, pero en lugar de corregir el exceso y ampliar el criterio de respeto a las estructuras del mundo a los restantes aspectos constructivos del sistema, se optó por archivarlo.* La duda que no es posible disipar, al menos de momento, es si el discurso no habrá caído en la cuenta de que esa extensión ponía en crisis, no ya una estructura teórica del delito, sino la totalidad de la construcción del derecho penal, particularmente cuando se impusiese el respeto a las estructuras del mundo en la teoría de las penas»<sup>209</sup>.

Nosotros vamos por el camino señalado por Zaffaroni<sup>210</sup>, *no renunciamos a la acción final*, sino que ampliamos su real sentido incorporando en él el dato social. Una vez comprendido este último aspecto fusionándolos en una unidad sintética se logra una verdadera teoría de la acción humana. Llegado este punto, nuevamente, la vinculación *relativa* del Derecho a la *acción social* se hace necesaria como criterio metodológico: «*El respeto a las estructuras reales del mundo es una condición de cualquier derecho que pretenda tener alguna eficacia sobre éste*»<sup>211</sup>.

Si la acción es una fusión de sentido, de lo ontológico y lo social, *el tipo penal debe constituir el reflejo de esa fusión* (realidad y valor), el desconocimiento de esa fusión –tomando las palabras de Gracia Martín<sup>212</sup>– lleva a que los análisis de

---

<sup>209</sup> R. Zaffaroni, *Derecho Penal-Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires: EDIAR, 2002, p. 95 (el subrayado es nuestro); relativamente, también, Mir Puig, “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”, RECPC 05 (2003), <http://criminnet.ugr.es/recpc/05/recpc05-05.pdf>, p. 05:6; el mismo, “Límites del normativismo en Derecho Penal”, en RECPC 07 (2005), <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>, p. 18:12. Por el contrario, la teoría de imputación objetiva no se corresponde con la realidad de las cosas como lo señala Hirsch, “Acerca de la Teoría de imputación objetiva”, en *Obras Completas. Libro Homenaje.*, t. 1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, p. 62 y ss.

<sup>210</sup> Igualmente, H. Joachim Hirsch, “El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel”, en *Obras Completas. Libro Homenaje.*, t. 1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999., quien indica que, «[e]s lamentable que la ciencia alemana halla ejecutado el gran salto hacia adelante que significa la adopción de la teoría del ilícito personal, sin llevar consigo el fundamento metodológico inherente a ésta», pp. 35 y s.

<sup>211</sup> R. Zaffaroni, PG., 2002, pp. 95 y s.

<sup>212</sup> Gracia Martín, “Algunas consideraciones sobre el concepto y el Sistema del Derecho penal”, en *Estudios de Derecho penal*, pp. 33 y s. Se debe precisar que citamos y seguimos la *forma* de la fusión, pues para éste autor la acción reflejada sigue siendo una acción como *unidad* final-causal de sentido, lo cual hemos rechazado, también estamos de acuerdo, en la *forma*, cuando señala que, «el tipo es la valoración global y unitaria de la totalidad de los elementos de la acción», p. 33, este procedimiento es, sin duda, el correcto, pero falta a la acción la incorporación del dato social; asimismo, Hirsch H. Joachim, “El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel”, «[E]l tipo objetivo no representa una categoría valorativa de carácter autónomo. Por el contrario, una valoración sólo es posible a partir de *todos* los elementos del tipo, incluidos también los



otras dogmáticas sean erradas. Así por ejemplo, nuestro método rechaza tajantemente una teoría de la imputación objetiva que realiza una “valoración” sin atender a la base ontológica de la acción (unilateral). El tipo es una unidad de sentido, por ello el análisis del comportamiento debe hacerse en su integridad, tomando a todos sus elementos subjetivos y objetivos simultáneamente; consecuentemente, rechazamos imputaciones independientes en el ámbito del tipo. Gracia Martín nos provee de los medios para que la dogmática avance sobre las bases del finalismo, pero él se *queda*<sup>213</sup> en él.

### **Mi método es el de la vinculación del Derecho al *ser social* (estructura y contenido)**

Lo normativo, señores penalistas (funcionalistas y finalistas), es decir, las valoraciones no son una *nube*, *fantasma* o una *malagua* que deambula por la atmósfera y que se posa cual mariposa en el tipo objetivo o en todo el tipo<sup>214</sup>, ni es como un *foco* que se encendió en la mente de algún teórico, ni cayó del cielo, sino que *se desprende de la misma realidad objetiva*<sup>215</sup>. La pregunta que se deben responder es de dónde surgen sus valoraciones, cuestión que atañe a todo el Derecho en su conjunto.

En consecuencia, no podemos llegar a la conclusión absurda de que el Derecho penal es totalmente libre a la hora de crear sus conceptos, definitivamente ello no es así, el Derecho puede crear sus categorías, pero debe respetar la base de la valoración como límite, por ello coincido con Hirsch, cuando señala que «[a]quello que es objetivo y aquello otro que es subjetivo no se encuentra a disposición de la dogmática»<sup>216</sup>. Mis consideraciones son normativas, pues las categorías del Derecho penal son influenciadas por la misión del Derecho penal – limitación del poder punitivo del Estado–; sin embargo, no desnaturaliza la base de la valoración, y por ello a la investigación.

---

subjetivos. Los criterios subjetivos deben ubicarse, por consiguiente, allí a donde pertenecen, o sea en el tipo subjetivo, esto es, en el caso del delito doloso, en el dolo del tipo...», p. 22.

<sup>213</sup> Gracia Martín se acerca a mi posición cuando manifiesta que «los tipos de los injusto no son meras y simples descripciones de procesos naturales, sino unidades de *sentido social*, y que éste, el sentido social de la conducta, es uno que no brota de la naturaleza, sino más bien de la sociedad (...)», “*Consideraciones críticas acerca de la Teoría de la imputación objetiva desde la perspectiva del finalismo*”, p. 46, sin embargo, creo que seguir este planteamiento –el cual asumo– implica abandonar la idea que es la voluntad del autor el elemento que da sentido al comportamiento humano, lo cual Gracia no estaría dispuesto asumir. La voluntad del ser humano es condicionada histórico-culturalmente, en consecuencia, el sentido social, que parte del actuar humano, es lo que verdaderamente le da un sentido al actuar humano para que así sea comprendido por los demás actores sociales. La voluntad (elemento psicológico) es el instrumento por donde se expresa o más precisamente se canaliza el sentido social históricamente adquirido, por lo tanto, la voluntad *per se* no le da sentido a la acción.

<sup>214</sup> Así por ejemplo, M. Cancio Meliá en “*Los orígenes de la teoría de la adecuación social*” [1994], Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2ª reimpresión 1998., señala que «[l]a adecuación social no se refiere a la praxis fáctica, al comportamiento habitualmente valorado como positivo en sociedad, sino a contenidos normativos [del tipo]», p. 32., la pregunta es de dónde surgen esos “contenidos normativos”.

<sup>215</sup> Véase *supra* mis consideraciones sobre los valores, Capítulo I, B, § 4, 2.

<sup>216</sup> H. Joachim Hirsch, “*El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel*”, p. 22.

De esa forma, llegamos por otra vía, pero la correcta, esto es del conocimiento dialéctico, a lo que Jakobs ya había planteado, integrar la teoría de la adecuación social en la teoría de la acción<sup>217</sup>.

### 1. Acción final y adecuación social

La idea central de mi método es que el análisis debe partir sobre una unidad de sentido constituido por lo ontológico y lo social; esto que acabo de señalar, presupone que los dos aspectos estaban separados, en ese sentido, es necesario remitirnos a constatar tal división y sus presupuestos, a tal efecto, es preciso conocer el sistema finalista.

Welzel en su artículo “*Causalidad y acción*”<sup>218</sup> de 1931, expuso los fundamentos de su doctrina de la acción final, esto es que la intencionalidad es la que da sentido a la relación teleológica entre resultado y sujeto; así pues, señala que «los motivos físicos de un resultado no son producidos meramente de modo causal, sino al mismo tiempo en forma voluntaria e intencional.

De ahí se deduce –sigue Welzel– que el suceso que conduce al resultado a partir de la decisión, pasando por los impulsos de la voluntad, es una unidad de intención legal, que se destaca de los demás sucesos causales a causa del elemento de la legalidad de sentido. *Caracterizamos a esta unidad de sentido como acción*. Se deduce que la relación entre acción, resultado y decisión no es una relación de ordenación de sentido sólo causal, sino también teleológica. La relación teleológica es solo un componente parcial de la relación de sentido y está determinada y guiada por la legalidad intencional y por la relación de sentido de la acción»<sup>219</sup>.

Que la voluntad humana –capaz de prever dentro de un marco determinado y limitado las posibles consecuencias de su realización causal y después regular su intervención intencional– sea lo que le da *sentido* al suceso externo, aparece nuevamente en sus “*Estudios sobre el sistema de Derecho penal*”<sup>220</sup> de 1939, aquí señala que «los procesos de acciones finales reciben su forma objetiva de la voluntad formadora de la intención, la cual ordenó los medios con su sentido para el alcance de la meta y por eso le dieron a aquellos un sentido con la intención. En consecuencia, toda la acción, en todas sus fases, es una unidad de sentido real dominada por una voluntad formadora de la intención, una realización de la voluntad en el sentido significativo, es decir, la realización del sentido de acción impuesto por la voluntad»<sup>221</sup>.

Siendo la acción «expresión de la voluntad objetiva»<sup>222</sup> o «actividad de la intención humana»<sup>223</sup> –en contraste con la “acción” como proceso causal–, esta se

<sup>217</sup> Cfr. G. Jakobs, “*El concepto jurídico penal de acción*”, p. 84; también, Enrique Bacigalupo, en el Prólogo a la obra de Manuel Cancio Meliá, *Líneas Básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1999., «La teoría finalista de la acción procuró una síntesis entre lo ontológico y lo axiológico conectando las valoraciones jurídicas-penales con las estructura ontológica de los objetos valorados, que permitió explicar la razón de un nuevo sistema del Derecho penal».

<sup>218</sup> Welzel, “*Causalidad y acción*” [1931], en *Estudios de Derecho penal*, trad. de G. Eduardo Aboso y Tea Löw, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007.

<sup>219</sup> Welzel, “*Causalidad y acción*”, p. 141; también, p. 142 y p. 144. (resaltado es nuestro).

<sup>220</sup> Welzel, *Estudios sobre el sistema de Derecho penal* [1939], en *Estudios de Derecho penal*, trad. de G. Eduardo Aboso y Tea Löw, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007.

<sup>221</sup> Welzel, *Estudios sobre el sistema de Derecho penal*, pp. 31 y s.

<sup>222</sup> Welzel, *Estudios sobre el sistema de Derecho penal*, p. 23.

constituyó en el fundamento objetivo de la existencia del ser de valoraciones posiblemente jurídico-penales<sup>224</sup>, es decir, en la base estructural (pre-jurídica u ontológica) de la dogmática penal. Asimismo, en dos obras de filosofía del Derecho, la primera, “*Derecho natural y positivismo jurídico*”<sup>225</sup> de 1953, sostuvo que «[q]uien quiera imponer normas a la acción, tiene que presuponer la estructura categorial del hacer humano, ningún legislador puede modificarla»<sup>226</sup>, y al ser la voluntad el elemento proveedor de sentido, esta se constituye en la estructura lógico-objetiva de la materia de regulación; la segunda, “*Derecho natural y justicia material: Preliminares para una filosofía del Derecho*”<sup>227</sup> de 1957 (1ª edición en español), señaló que «[e]l legislador no sólo se encuentra vinculado a las leyes de la naturaleza física, sino también a determinadas estructuras lógicas en el objeto de regulación, la cual, si no las tiene en cuenta, ha de ser necesariamente falsa. La estructura ontológica de la acción, por ejemplo, precede a toda valoración y regulación, y quien quiere normar acciones, tiene que respetar la estructura ontológica de la acción. La estructura de la actividad teleológica del hombre, así como la función de ella, son cosas que el legislador no puede modificar, sino que ha de tener en cuenta en su regulación, si no quiere errar en el objeto de ésta»<sup>228</sup>.

En consecuencia, que la voluntad sea sobre todo «un factor de realización consciente»<sup>229</sup> proveedora del sentido al suceso externo, es algo que nunca se ha variado o pretendido variar en su sistema, así pues, en sus últimas obras, básicamente en “*El nuevo sistema del Derecho Penal*”<sup>230</sup> de 1964 (1ª edición castellana que contiene el “§ IV. Tipo y adecuación”, y que no se encontraba en la 4ª edición alemana de 1961) y su “*Derecho Penal alemán*”<sup>231</sup> de 1969 (11ª edición), se sigue sosteniendo que, «la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal (...), sin ella quedaría destruida la acción en su estructura y sería rebajada a un proceso causal ciego»<sup>232</sup>, por otro parte, «[l]a eliminación de la voluntad de acción anticipadora y rectora convierte la acción en un proceso natural carente de sentido (...)»<sup>233</sup>, más adelante continua, «[s]olamente un concepto acción, en el cual el “contenido” de la voluntad que anticipa las consecuencias es factor rector del acontecer exterior, puede hacer comprensible la acción como un proceso animado de sentido y explicar por ello, también, la existencia de elementos anímico-subjetivos de la antijuridicidad»<sup>234</sup>.

<sup>223</sup> Welzel, *Estudios sobre el sistema de Derecho penal*, p. 30.

<sup>224</sup> Welzel, “*Causalidad y acción*”, p. 144.

<sup>225</sup> Welzel, “*Derecho natural y positivismo jurídico*” [1953], en *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006.

<sup>226</sup> Welzel, “*Derecho natural y positivismo jurídico*”, p. 196.

<sup>227</sup> Welzel, *Derecho natural y justicia material: Preliminares para una filosofía del Derecho*, trad., F. González Vicén. Madrid: Aguilar, 1957.

<sup>228</sup> Welzel, *Derecho natural y justicia material: Preliminares para una filosofía del Derecho*, p. 258.

<sup>229</sup> Welzel, *Estudios sobre el sistema de Derecho penal*, p. 31.

<sup>230</sup> Welzel, *El nuevo Sistema del Derecho Penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. y notas de J. Cerezo Mir, reimpresión de la 1ª ed. en castellano de 1964, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002.

<sup>231</sup> Welzel, *Derecho Penal alemán. Parte General.*, 11ª ed. trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

<sup>232</sup> Welzel, *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, p. 42.; el mismo, *Derecho Penal alemán* (11ª ed.), p. 56.

<sup>233</sup> Welzel, *Derecho Penal alemán* (11ª ed.), p. 63.

<sup>234</sup> Welzel, *op. cit.*, p. 63.

En suma, la *voluntad* es la que provee de *sentido* a la relación teleológica (final) entre resultado y sujeto, es el factor que configura objetivamente el acontecer real; y esta premisa estructural de su sistema obliga, consecuentemente, a considerar a la voluntad final como elemento esencial de la acción (Principio estructural general de la acción humana).

Ahora, es preciso considerar el otro aspecto del pensamiento de Welzel y su relación con la acción final: La adecuación social. En el texto “*Estudios sobre el sistema de Derecho penal*”, señaló que «[a]cciones socialmente adecuadas son todas aquellas actividades que se mueven según el orden históricamente establecido»<sup>235</sup>, de aquí se desprende que *el objeto de la valoración* lo constituyen acciones finales (“todas aquellas actividades”), valoración que la hace “otro” o un “tercero” –*quien las va considerar adecuadas*, esto es la sociedad–. Ahora, como ese “otro” no puede ser, fácticamente o realmente, la sociedad, esta tiene que ser reemplazada por “algo” que represente su voluntad, y ello no puede ser otra cosa que una norma (= voluntad de la sociedad = al resultado de la ponderación entre libertad y seguridad), que a su vez se describe en el tipo penal.

De lo señalado se derivan tres consecuencias: *Primero*, que el sentido o significado social denominado adecuación social *no pertenece* a la acción final (acción con sentido); y, *segundo*, que el «sentido social» de la adecuación social no se contrapone con la acción final como sentido social individual (escribir o leer un libro); *tercero*, que la *inadecuación social* se ubica en el tipo. Entonces recién cuando la sociedad, representada por la norma, considere a la acción final con sentido como inadecuada, «recién entonces, hemos de penetrar en el círculo del tipo penal, en las regiones de lo injusto tipificado»<sup>236</sup>, esta última referencia al «injusto tipificado» o que la «adecuación social (se represente) como un principio inmanente de la construcción del tipo»<sup>237</sup>, confirman la tercera conclusión. Asimismo, que el «sentido social» del comportamiento final no se confunde con el «sentido social» de la adecuación social se ve más adelante en “*El nuevo sistema del Derecho Penal*”, donde señala que el sentido social de la acción está determinado por la voluntad y el resultado, así lo expresa: «Al ser la acción final una *obra*, el sentido social de la acción no se determina solo según la voluntad, sino también según el resultado producido»<sup>238</sup>, con esto queda claro que la acción final como expresión de sentido individual es distinta e independiente al significado que la sociedad le podría dar a la acción<sup>239</sup>.

Por otra parte, el concepto de adecuación social contenido en los “*Estudios...*” y en “*El nuevo sistema del Derecho Penal*” no desentona con la concepción primigenia. En ambos textos se señala que, *un acto* «socialmente adecuado [es aquel que] queda completamente dentro del orden social, histórico, “normal”, de la vida»<sup>240</sup>, dicho de otro modo, «la acción final con sentido» sigue constituyendo un objeto de valoración que alguien hace (la sociedad); acción final que no se halla vinculada con el sentido social propio de los tipos penales.

---

<sup>235</sup> Welzel, *Estudios sobre el sistema de Derecho penal*, p. 50.

<sup>236</sup> Welzel, *Estudios sobre el sistema de Derecho penal*, p. 67.

<sup>237</sup> Welzel, *Estudios sobre el sistema de Derecho penal*, p. 68.

<sup>238</sup> Welzel, *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, p. 64.

<sup>239</sup> Véase, M. Cancio Meliá, “*Los orígenes de la teoría de la adecuación social*”, p. 47.

<sup>240</sup> Welzel, *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, p. 85; el mismo, *Derecho Penal alemán* (11ª ed.), pp. 83 y s.

Llegamos a una *cuarta* conclusión, que en Welzel, la adecuación social es algo que se superpone a la acción final. En efecto, al ubicarla en un inicio en el tipo, luego constituirlo como una causal de antijuricidad (4ª a la 8ª edición de su manual)<sup>241</sup>, y finalmente, regresar a considerarla como una causal de atipicidad, demuestra que la adecuación social no es un elemento perteneciente a la acción final, ¡ambos no se encuentran fundidos el uno al otro! No cabe duda que Welzel siempre tuvo en cuenta estos dos aspectos del comportamiento, pero la separación didáctica, por así decirlo, entre ambos componentes, la base ontológica y social, se convirtió en una división metodológica, que tendría su justificación en el cometido de Welzel desarrollar una doctrina de la acción que explique el principio estructural general de las acciones humanas. «La doctrina de la acción finalista no se ocupa en primer término de las acciones relevantes para el derecho penal, sino que desarrolla el principio estructural general de las acciones humanas, es decir, su dirección en función al fin anticipado mentalmente (junto a la selección de medios y la consideración de los efectos concomitantes) y su realización en dirección al fin»<sup>242</sup>.

En conclusión, cuando Welzel se refiere al *sentido social de la acción*, solo se está refiriendo al sentido que da la voluntad<sup>243</sup>, mas no al sentido que le puede proveer la sociedad. La acción final otorga sentido al comportamiento individual, lo explica, va de él hacia fuera, pero no toma en cuenta el sentido que la sociedad le puede dar a dicha acción final. Esto queda constatado cuando indica que el sentido social de la acción está determinado no solo por la voluntad, sino también por el resultado. Como se observa, en su pensamiento, la acción final como expresión del sentido social *no va mas allá del resultado producido intencionalmente por el acto individual*, y lo cual, precisamente, explica solo el suceso respecto del sujeto causante, esto se expresa más claramente cuando en “*El nuevo sistema del Derecho Penal*”, señala «[l]a acción, como fenómeno social, no puede ser comprendida sino sobre la base de la doctrina de la acción finalista»<sup>244</sup>, y precisamente, Welzel señala que dicho problema fue tratado en sus “*Estudios sobre el sistema de Derecho penal*”, por lo tanto, la acción final no puede ser más que un elemento con sentido independiente del sentido social contenido en el tipo.

Asimismo, que la adecuación social se constituya en «la falsilla de los tipos penales: e[n] el estado “normal” de libertad social de acción, que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos»<sup>245</sup>, y de ese modo, sea «un principio general de interpretación cuya significancia no se limita sólo al Derecho penal, sino abarca todo el ordenamiento jurídico general»<sup>246</sup>, no se contrapone con lo arriba señalado.

## 2. ¿Teoría de la imputación objetiva y adecuación social?

Al referirse la adecuación social a la acción final *desde fuera* –la primera valora a la segunda en su integridad: unidad de voluntad interna y hecho externo–, se

<sup>241</sup> Cfr. Welzel, *Derecho Penal alemán* (11ª ed.), p. 86; *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, p. 88.

<sup>242</sup> Welzel, “*La doctrina de la acción finalista, hoy*”, ADPCP, 1968, p. 223.

<sup>243</sup> G. Jakobs, “*El concepto jurídico penal de acción*”, p. 79.

<sup>244</sup> Welzel, *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, p. 53.

<sup>245</sup> Welzel, *Derecho Penal alemán* (11ª ed.), p. 85; el mismo, *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, p. 88.

<sup>246</sup> Welzel, *Derecho Penal alemán* (11ª ed.), p. 86.

desprende, de acuerdo con Gracia Martín y en contra de Jakobs<sup>247</sup> y Cancio<sup>248</sup>, que entre la adecuación social y la teoría de la imputación objetiva hay un «profundo abismo»<sup>249</sup>, efectivamente, los criterios de imputación objetiva (riesgo permitido, principio de confianza y prohibición de regreso) sólo se refieren al lado externo del injusto (el tipo objetivo es el lado externo del delito, que por sí solo no constituye el injusto)<sup>250</sup>, mientras que la adecuación se dirige a valorar una unidad –un comportamiento– que ya tiene un sentido social-individual para estimarlo, pese al resultado producido acorde o no con el estado social normal, por lo tanto, la imputación objetiva no puede ser un desarrollo de la adecuación social, sino más bien la elevación unilateral a un primer plano del contenido o del aspecto social de la adecuación social, eliminando su componente esencial, esto es, la individualidad del autor, dicho en otras palabras, *es el otro extremo del finalismo igual de errado*.

### 3. La crítica al Finalismo desde la dialéctica y su reducción a la metafísica

Las premisas metodológicas que se han expuesto en la parte primera de este trabajo se corresponden, en cierta manera, con el postulado básico del finalismo. En efecto, que las formas del pensamiento son un reflejo de la realidad objetiva se condice con la norma y su descripción, el tipo penal. A su vez, este punto de partida lleva necesariamente a trasladar el dolo al tipo, lo cual significa –como ya se dijo– que el mundo objetivo (la acción final), se refleja en su amplitud en una forma conceptual, es decir, en *el tipo penal*.

Si bien este punto de partida es correcto, es del todo limitado. Pues no toma en cuenta nuestro segundo postulado, es decir, que la realidad o mundo objetivo está en constante cambio y movimiento. Si el mundo objetivo es así estructurado, entonces, las formas del pensamiento deberán reflejar las características de la realidad.

Desde esta perspectiva, el punto de partida del finalismo es correcto, esto es parte de la realidad, pero no logra comprender la esencia de esta, es decir, su constante contradicción. Por lo tanto, al partir de un dato ontológico –el actuar final de comportamiento humano– tomándolo aislado, revela muestras del método metafísico, esto es de considerar al mundo estático, sin entenderlo en la interrelación de sus elementos; por lo demás, esta crítica no se desvanece por el hecho de que Welzel haya considerado al bien jurídico inserto en la vida social<sup>251</sup>. No cabe duda que un actuar humano individualmente considerado es esencialmente final, pero si se toma en cuenta este aspecto y lo absolutizamos se cae en la unilateralidad, al dar preponderancia a este aspecto se cierra la comprensión al aspecto social del actuar, y este último, *no es un predicado o*

---

<sup>247</sup> G. Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, pp. 42 y s. señala que el riesgo permitido es una concreción de la adecuación social; el mismo, PG. 7 nm. 4b, «los criterios del riesgo permitido, del principio de confianza, de la comisión referida al garante y de la prohibición de regreso no son sino desarrollos de la adecuación social». En esa línea, también, B. Schünemann, “Consideraciones sobre la imputación objetiva”, señalando que «el criterio de la adecuación social tuvo en esta temprana fase del finalismo aproximadamente la misma función que hoy ha adquirido la teoría de la imputación objetiva», p. 416.

<sup>248</sup> M. Cancio “Los orígenes...”, pp. 58 y ss.

<sup>249</sup> L. Gracia Martín, “El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría de delito”, p. 07:18.

<sup>250</sup> G. Jakobs, PG, Apartado 7 nm. 1.

<sup>251</sup> Welzel, “Estudios...”, pp. 48 y s.

*agregado que se superpone al aspecto individual del comportamiento humano.* En Welzel la adecuación social sí se superpone a la acción, esto lo demostró las distintas ubicaciones que le dio a dicha institución normativa, y pese a tener en cuenta estos dos aspectos del comportamiento, la separación didáctica (ontología y valor), se convirtió en una división metodológica, y esto es metafísica.

Así pues, el finalismo al entender la acción humana como actividad final «sin sentido de lo social» se transforma en estéril a fin de comprender el sentido delictivo de los demás comportamientos merecedores de sanción penal<sup>252</sup> (imprudencia, omisión). En cambio, mi comprensión de la acción humana como *acción social* abarca las omisiones, y esto se explica por el sentido de que la sociedad otorga a la acción, exigiendo por ello un actuar.

Si esto es así, el objeto de análisis del Derecho penal no puede ser la acción final, sino uno que *en parte* es construido por la sociedad. El comportamiento humano no puede ser en esencia ontológico, o que se agote en ella, sino que es una unidad de sentido, que es en parte ontológico en su origen, pero que fundamentalmente ya ha dejado de ser tal, pues al entender la acción en constante cambio y movimiento su comprensión es de sentido social y no meramente ontológica.

La adecuación social y la acción final se encuentran en una relación dialéctica, no hay superposición de una sobre la otra, sino que el pulsionar y la lucha de contrarios entre ambos aspectos dirigen la existencia del comportamiento. En ese sentido, en determinadas condiciones, el aspecto social de la acción tomará preponderancia en la valoración, así por ejemplo, el caso del sobrino ambicioso se solucionará con la adecuación social, mientras que el caso de la mujer enferma de tuberculosis, la acción final tomará la partida.

La tensión dialéctica entre adecuación social y acción final muestran (unidad indisoluble de lo individual y lo social), por lo tanto, que la solución de los casos debe ocuparse, en primer lugar, de determinar lo socialmente adecuado o no de la acción final, y, en segundo lugar, en conocer las condiciones del autor, (capacidades físicas e intelectuales), para derivar de ello su capacidad de evitabilidad. Dicho en otras palabras, después que la *adecuación social como criterio de interpretación de los tipos penales* haya excluido los comportamientos que son acordes al orden social normal, esto es, que no son adecuados, recién se pasará a analizar la acción final desnuda (individual con sentido en su contexto concreto), a efectos de determinar si el sujeto fue capaz o no de evitar el resultado, y de esto último se ocupa el *enjuiciamiento*. En consecuencia, la adecuación social al pertenecer a la acción misma no puede ser un criterio de imputación o de limitación de los cursos causales, sino como señaló Welzel un criterio de interpretación<sup>253</sup>. No se puede renunciar a la adecuación social ni como

---

<sup>252</sup> Cfr. Gracia Martín, renuncia a un supraconcepto de acción: «El concepto final de acción, sin embargo, no puede comprender a ninguna clase de omisiones», en *“Algunas consideraciones sobre el concepto y el sistema del Derecho Penal”*, p. 28. Por otra parte, de cierta forma, concuerdo con Silva Sánchez, Jesús-María. *“Comisión” y “omisión”: Criterios de distinción en Estudios sobre los delitos de omisión*. 1ra ed., Lima: Grijley, 2004., cuando indica que las acciones –procesos causales capaces de sentido– «pueden manifestarse como comisiones o como omisiones», pp. 15 y s., esta conclusión es correcta, pero llego a ella por una fundamentación totalmente distinta.

<sup>253</sup> No estamos de acuerdo con Hirsch, en quitar todo valor a la adecuación social, ver Hirsch, *“Adecuación social y teoría del injusto”*, en *Obras Completas*. Libro Homenaje., t. 3., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; 1999, pp. 75 y s., y menos aún que constituya un peligro, por el

criterio de interpretación de los tipos penales, pues de lo contrario se desconoce el elemento social de la acción reflejada en el tipo. En efecto, y en contra de Hirsch, hay que señalar que si se prescindiera de la adecuación social y, únicamente, se atendiera a la *ratio legis* de la norma (descubriendo “la voluntad del legislador”, a la vez como el primer factor incluidor de conductas típicas), se desconocería que los *elementos* del tipo constituyen un reflejo de los *elementos* de la acción; la descripción legal es, precisamente, la descripción de la acción, sus elementos tienen un sentido social, y por ello deben ser descubiertos en la interpretación. Pero tampoco estimo que se le pueda dar un papel mayor, ya que por su generalidad no puede constituir un criterio dogmático para determinar la responsabilidad penal –el mismo Gracia Martín, manifiesta que necesita de desarrollo<sup>254</sup>–, pues quien verdaderamente determina la *relevancia penal es el enjuiciamiento*, en palabras de Kindhäuser: «No es el concepto de adecuación el que “lleva los pantalones” y aquel según la cual se mide la irrelevancia jurídico-penal de un comportamiento, sino que, a la inversa, es con ayuda de la relevancia jurídico-penal de un comportamiento con lo que se traza el límite máximo de la adecuación»<sup>255</sup>.

Así pues, si resolvemos el caso del sobrino ambicioso que envía a su tío a dar un paseo con la esperanza que muera alcanzado por un rayo, no cabe duda que aquí el caso se resuelve por el sentido social del comportamiento como inocuo, es decir, por su sentido social –y no por un elemento dogmático–, tal como Welzel lo resolvió originalmente en sus “*Estudios...*” y no como lo resolvió en la última edición (11ª) de su “*Derecho Penal alemán*” con ausencia de dolo. Es evidente que también el caso se puede resolver con la atipicidad de la autopuesta en peligro –como señala Hirsch<sup>256</sup>–, pero para qué agotar esfuerzos (así como la teoría de la imputación objetiva), si la normalidad social, excluye la tipicidad. La constatación del sentido social del hecho *no es una simple constatación en el momento que se analiza el hecho*, sino que llega a ser un descubrimiento, y no de un enjuiciamiento del hecho, sino de *los innumerables enjuiciamientos que a través de la historia se han realizado*, de aquí que *tampoco* sea una mera normalidad social empírica del momento. El sentido social es incorporado al tipo y la consecuencia de ello –ya en el plano dogmático jurídico-penal– es que se exprese como un criterio de interpretación de los tipos penales.

---

contrario, estoy de acuerdo con Gracia Martín, “*Consideraciones críticas acerca de la Teoría de la imputación objetiva...*”, p. 51.

<sup>254</sup> Gracia Martín, “*El finalismo como método...*”, p. 07:18; el mismo, “*Consideraciones críticas acerca de la Teoría de la imputación objetiva...*”, p. 49; las palabras de Gracia demuestran que este criterio no puede servir más como criterio dogmático-penal, pues ya desde su creación por Welzel en 1939, han pasado casi 70 años, y a esta altura no se puede decir que necesite de desarrollo, la adecuación social sólo puede ser, en el estado de la dogmática actual, un criterio de interpretación.

<sup>255</sup> Kindhäuser, *Crítica a la Teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo*, p. 75.

<sup>256</sup> Hirsch, “*Adecuación social y teoría del injusto*”, pp. 36 y s.

Este autor en “*Acerca de la Teoría de imputación objetiva*”, pp. 40 y s., cuando realiza las disquisiciones con una modificación relativa del caso –el sobrino convence a su tío, del cual es heredero, para que haga un viaje en avión, con la esperanza que se produzca un accidente y el tío muera–, señala dos hipótesis: primero, autor y víctima tienen la misma representación del peligro = instigación atípica a una autopuesta en peligro conciente; segundo, la víctima no se presenta el peligro = mera esperanza, ausencia de dolo. Ahora, aquí cabe señalar, si en el peor de los casos, esto es, la víctima no se representa el peligro, no hay razón para buscar una solución dogmática en un supuesto menor; si ya la mera esperanza *malvada* es algo que se corresponde con el orden social-normal, ésta debe ser excluida con la interpretación del tipo.



A mi consideración, la adecuación social explica el significado histórico del comportamiento, el cual se ve reflejado en el tipo, no obstante, cuando se enjuicia un nuevo hecho acaecido, este presupone un sentido social que previamente se ha incorporado en el tipo. Entonces, cuando se interpreta<sup>257</sup> el tipo —¡toda norma se interpreta!— la adecuación social se expresa como un criterio de interpretación (la *ratio legis* de la norma). Por tal motivo, para mí no hay una contradicción en asumir a la adecuación social como un elemento social incorporado en el tipo y funcionar a la vez como un criterio de interpretación, pues estimo que son dos momentos distintos del proceso histórico-social. El primero es lo que lo hace *ser*, y el segundo, su operatividad.

Hemos conseguido la fusión de realidad y valor, llegando a un sistema real-normativo u ontológico-normativo<sup>258</sup>, lo que Gracia Martín se propone pero no logra, pues en él la acción final y la adecuación social continúan separadas, son pilares paralelos, no hay una fusión real, pues si esto existiera implicaría la superación del finalismo sobre la base del mismo finalismo, como Zaffaroni señaló. El tipo es reflejo de una fusión: El reflejo de la fusión entre realidad y valor.

---

<sup>257</sup> Fundamental sobre la interpretación, Miguel Reale, *Introducción al Derecho*, 10ª ed., corregida y aumentada según la 21ª ed., brasileña. Madrid. Edición Pirámide. S.A, 1993, «Interpretar una ley supone comprender previamente en la plenitud de sus fines sociales y, de este modo, determinar el sentido de cada una de sus disposiciones», p. 236.

<sup>258</sup> Gracia Martín, “*Consideraciones críticas acerca de la Teoría de la imputación objetiva...*”, p. 59.

## C. Aplicación del método III

### Teoría del reflejo en la norma

#### I. Los saberes especiales del autor y su tratamiento dogmático: Una solución al problema (propuesta de criterio de atribución)

Pasamos de la teoría del reflejo de la acción *en* el tipo *a* la teoría del reflejo de la contradicción entre libertad general de acción e interés individual *en* la norma. *La teoría del reflejo en el tipo penal* fundamenta la tesis de que este es una unidad indisoluble de los aspectos objetivos y subjetivos; en cambio, *la teoría del reflejo en la norma* fundamenta la tesis que *detrás* de la *acción social* se esconde su *esencia interna*, esto es la no evitación<sup>259</sup>. Lo que interesa al Derecho penal como desvaloración es la capacidad de evitabilidad del autor, y la capacidad de evitabilidad lesiva sin justificación es el *injusto*, esta es la síntesis o resultado de la contradicción merecedora de sanción penal.

En efecto, captar las representaciones de los comportamientos en su unidad social de sentido es la primera etapa de la observación, esto es el aspecto externo, con lo cual aún no se aprehende las *conexiones internas* que subyacen detrás de dicha acción. El sentido jurídico penalmente relevante se aprehenderá con la continua observación, teniendo en cuenta, además, la *norma de prohibición*, así se podrá obtener como resultado que lo importante para el derecho penal es la *evitabilidad*. En consecuencia, lo que valora o desaprueba el Derecho penal es la capacidad de evitación del resultado lesivo del autor –el sentido de la acción–, capacidad que solo se obtiene con relación a una norma (encontrándose presente en la omisión y la imprudencia). Si es la evitabilidad la que constituye el elemento base de estudio del delito, entonces lo que es evitable se determinará en el contexto particular en función de las capacidades concretas del autor. La evitabilidad, por lo tanto, es un concepto normativo, asimismo, habrá casos en los que el sujeto responderá por su incapacidad deliberada.

Al entender que *la acción* se refleja en el *tipo penal* –descripción de la *norma*– y que es una unidad de sentido social, me conduce a afirmar que existe una *interrelación real* entre el tipo objetivo y subjetivo (fusión de realidad y valor)<sup>260</sup>; y en tanto, que el primero es objeto del segundo no es factible realizar una imputación independiente al tipo objetivo (con parámetros generales), y luego, una al tipo subjetivo. Considero que lo que el tipo subjetivo se representa ha de constituir un reflejo del pensamiento del autor, es decir, sus conocimientos, dicho pensamiento, a la vez, ha de reflejar el mundo exterior que se representa el tipo objetivo. Por lo tanto, el tipo subjetivo debe representar dos cosas: los conocimientos del autor que determinarán sus *capacidades concretas* de evitación del resultado y la descripción *representada* del tipo objetivo. Este marco de análisis determinará la imputación al autor de un resultado lesivo cuando el autor porte determinados saberes especiales que lo consideren superior al estándar o al

<sup>259</sup> Al respecto, Rolf Herzberg, “*Reflexiones sobre la teoría de la acción final*”, RECPC 09 (2007) <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-01.pdf>, p. 01:7.

<sup>260</sup> Gracia Martín, “*El finalismo como método...*”, p. 07:3; el mismo, “*Consideraciones críticas...*”, p. 54, pp. 55 y s. y p. 67, pero este autor pese a reconocer la unidad de la realidad y valor, y afirmar que ambas poseen el mismo peso específico, estimo que da mayor peso al dato ontológico, esto es, a la voluntad, lo cual no es otra cosa que reducirse nuevamente a las estructuras lógico-objetivas abandonando el aspecto social que en algún momento pretendió acoger.

rol de un sujeto no concreto o estereotipado, lo descrito no es otra cosa que «**el criterio normativo de la representación objetiva-real del curso causal lesivo del autor**». Este criterio es un presupuesto para determinar el deber de evitación que fundamenta el injusto.

A su vez, no toda *posibilidad de evitar* el resultado derivado de un saber especial lleva a declarar típica una conducta, lo que ampliaría insoportablemente el *ius puniedi* del Estado –cuestión que la tesis tiene además como objeto limitar–. En efecto, este criterio requiere límites.

Estos son:

a) La existencia del curso causal<sup>261</sup>. La relación de causalidad es lo más objetivo que el Derecho penal tiene como objeto de valoración y ello no puede perderse de vista. En efecto, al ser el único referente material (externo al pensamiento del hombre), la responsabilidad penal del autor con conocimientos especiales solamente puede enmarcarse dentro de la causación del resultado. La respuesta afirmativa a la existencia de una relación causal origina una segunda pregunta que dará origen a la valoración. En consecuencia, la causalidad es solo una constatación para el inicio del *enjuiciamiento* que nos llevará a determinar *si existió un deber de evitar*. La relación de causalidad es la única relación verdaderamente objetiva en todo el sistema de Derecho penal.

b) La posición de garante (límite en la omisión). Si bien la dogmática de las posiciones de garante demuestra que no todo poder evitar hace responsable jurídico-penalmente al autor, sino solo quien tiene el deber de evitar, esto es, a mi opinión, una ampliación como valoración de la responsabilidad por la causación del resultado. Por lo tanto, no se puede tomar como referente, primero, a los delitos de omisión, sino al revés, estos delitos solo se explican partiendo de los delitos clásicos de resultado, el desarrollo ulterior de tales delitos, es –desde mi punto de vista–, una exigencia político-criminal. Jakobs<sup>262</sup> toma como referente a los delitos de omisión para mostrar que no todo poder de evitar conduce a la responsabilidad penal, pero pienso que esta forma de delitos tiene su explicación como valoración extensiva de los delitos de resultado.

En ese sentido, si bien partimos de la tesis de que un sujeto responde por sus capacidades concretas de actuar, no significa que en los casos en los que un *tercero no causante*, pero capaz de evitar el resultado, responda si no lo hace. Pues a excepción de los supuestos en los que exista posición de garantía (que implica activar todo lo necesario para evitar un resultado lesivo), la causalidad constituye el papel decisivo primigenio.

Se advierte entonces que nuestra posición no pasa por conciliar los aspectos objetivos y subjetivos de comportamiento típico –por cierto, hablar de conciliación presupone que estos aspectos son excluyentes, lo cual no es así–, sino que reconoce que dichos aspectos son *uno*; por tal motivo el conocimiento de

---

<sup>261</sup> Sobre la causalidad, véase, Mario Bunge. *Vigencia de la Filosofía* (Lecciones impartidas en la Univ. Inca Garcilazo de la Vega en 1997). Lima: Univ. Inca Garcilazo de la Vega, 1997., aquí expone la inexactitud de la tesis de que la mecánica cuántica por ser básicamente probabilística destruyó el causalismo; por el contrario indica que el hecho que existan procesos aleatorios no significa que sean acausales, «la mecánica cuántica no derroca la causalidad, sino que limita su alcance, pero es limitación ya se conocía antes, en realidad», p. 113; la limitación a la que hace referencia es al «azar objetivo», p. 111.

<sup>262</sup> G. Jakobs, “La imputación objetiva en Derecho Penal”, pp. 59 y s.

ambos aspectos no puede separarse metodológicamente y pretender hallar una solución tomando partida ya en el tipo objetivo o subjetivo<sup>263</sup>. No conciliamos aquello de que nunca se halló separado. En ese mismo sentido se manifiesta Gracia Martín: «[l]a división del tipo en una parte objetiva y subjetiva, así como también la anteposición del tipo objetivo al subjetivo es sólo una exigencia del aspecto meramente analítico del método y de la didáctica. Materialmente, sin embargo, el tipo objetivo y el subjetivo se encuentran fundidos en una unidad sintética indisoluble»<sup>264</sup>, así también, Welzel, «la imposibilidad de una separación entre tipo subjetivo y el objetivo, [se debe] porque el tipo objetivo debe estar subordinado a la legalidad del subjetivo o, por lo menos, referirse a él»<sup>265</sup>.

## 1. Concretización del deber de actuar

Si nuestras consideraciones se construyen a partir de la limitación del poder punitivo del Estado, traducido jurídicamente en una finalidad político-criminal de protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, se ha de reconocer con Bustos Ramírez que el *bien jurídico (relación social concreta) es la base del injusto*<sup>266</sup>, por lo tanto, como inicio de las valoraciones se debe *determinar las condiciones y presupuestos que hacen que una acción sea susceptible de evitar la lesión de un bien jurídico*, y esto es un «proceso valorativo fundamentado desde el bien jurídico»<sup>267</sup>. En efecto, el bien jurídico se presenta «como un principio garantizador de carácter cognoscitivo que permite saber *qué* es lo que se está protegiendo y las bases sobre las cuales se sustenta esa protección que, de este modo, quedan expuestas a la revisión crítica»<sup>268</sup>; y, asimismo, al ser la tipicidad «un proceso de atribución o mejor un *juicio valorativo de atribución* por el cual el intérprete valora desde el bien jurídico si una determinada situación puede ser atribuida a la contenida en el tipo penal»<sup>269</sup>, resulta necesario establecer las condiciones del sujeto para alcanzar el objetivo de la norma. Cabe precisar que, «la determinación de la situación típica» debe abarcar el resultado producido por el desvalor de acto, la misma *terminología* de «situación típica» permite comprender al desvalor de acto como al desvalor de resultado dentro de la «acción típica» (lo cual —reconozco— implica alejarnos de los planteamientos de Bustos)<sup>270</sup>. De ese modo, la imputación objetiva del resultado

<sup>263</sup> En el ámbito nacional, Caro John, presupone que el tipo objetivo y subjetivo se excluyen, pues de lo contrario no objetaría a aquellos intentos “conciliatorios” —nuestra posición no se enmarca en estos intentos conciliatorios— entre lo objetivo con lo subjetivo, “*Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales*”, p. 88.

<sup>264</sup> Gracia Martín, “*El finalismo como método...*”, p. 07/12

<sup>265</sup> Welzel, “*Estudios...*”, p. 144.

<sup>266</sup> J. Bustos, *Obras completas*, t. I, p. 633; el mismo, en “*Imputación objetiva: cuestiones metodológicas y sistemáticas*”, en *Obras Completas*, t. II, p. 808; asimismo, C. Roxin, “*El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual*” (2004), citando a Jescheck «El bien jurídico es la base reconocida de la estructura y de la interpretación de los tipos», p. 91, sin embargo, cabe señalar en contra de Roxin que su teoría de la imputación objetiva resulta innecesaria para la protección de los bienes jurídicos, si nos orientamos a valorar al autor concreto con sus capacidades reales.

<sup>267</sup> Bustos, *Obras*, t. I, p. 633.

<sup>268</sup> Bustos, *Obras*, t. I, p. 639.

<sup>269</sup> Bustos, *Obras*, t. I, p. 640; asimismo, en “*Imputación objetiva. Cuestiones metodológicas y sistemáticas*”, en *Obras*, t. II, p. 809.

<sup>270</sup> No me parece convincente que la tipicidad signifique «atribución de una situación típica a una situación real» (*Obras completas*, t. II, p. 809), y se la reduzca a los desvalores de acto, pues la tipicidad, a mi consideración valora la acción, y ésta es una unidad de sentido con el resultado

(Roxin), así como la imputación del comportamiento (Jakobs) nada tienen que hacer aquí, si precisamente basamos nuestros juicios de valoración sobre un *sujeto concreto*. El sistema político-criminal de Bustos permite, sin desnaturalizar el tipo, comprender los conocimientos especiales del autor, pero esto debe estar *estrechamente unido al resultado producido*.

En ese sentido, para saber si una persona puede ser responsabilizada por un resultado lesivo, debe preguntarse en función de los fines del Derecho penal, (la limitación del poder punitivo del Estado), de la siguiente manera, *¿la prohibición de la correspondiente acción o la imposición de un deber es un medio eficiente desde el punto de vista político-criminal para evitar la lesión de un bien jurídico?*

De esa forma, y sobre la tesis fundamental de Bustos se han de agregar las consideraciones de Armin Kaufmann<sup>271</sup> y Urs Kindhäuser. En esa línea, lo fundamental es determinar la *capacidad de evitación del autor*, pero esta capacidad debe estar en función del autor concreto. En efecto, no basta afirmar que la norma se dirige a todos para desprender de ello un deber de actuar también general. La norma es la contradicción entre libertad general de acción e interés individual de protección, pero esta contradicción es una generalización y, por lo tanto, una forma ideal<sup>272</sup> de la contradicción del hecho acaecido, de la cual se desprende un deber u obligación general: no lesionar, no matar. Ahora, esta obligación o deber general no es suficiente, mejor dicho, es irrelevante para exigir al autor un determinado comportamiento; lo que importa aquí, es el deber concreto del individuo, «la “obligación jurídica” de un hombre, individualmente considerado, en determinado momento, con respecto a determinado hacer u omitir»<sup>273</sup>. Pero este deber concreto tiene que ser considerado previamente por el

---

producido y, por ello, el tipo lo abarca también, lo cual esto último para Bustos es una cuestión de imputación objetiva en el ámbito de la antijuricidad (*Obras completas*, t. II, pp. 812 y ss.).

Por otra parte, la tesis de Bustos de la «determinación de la situación típica» encontraría similitudes con la teoría de la «conducta típica» de W. Frisch, tal como señala Luis Emilio Rojas Aguirre, “*Lo subjetivo en el juicio de imputación objetiva: ¿aporía teórica?*”, *Revista de Derecho*, vol. XXIII-Nº1, Julio, 2010, en <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v23m1/art10/pdf.p.147> y ss., no obstante, el resultado encontraría un tratamiento distinto,

<sup>271</sup> Debo poner en claro que solamente recojo de este autor los aspectos relacionados a la *determinación de la capacidad de acción*, más no asumo su *concepción subjetivo-monista*, –así señala Hirsch– según «la cual el resultado no forma parte de lo injusto típico ni siquiera en el delito doloso. Lo injusto del delito se agota en general, de acuerdo con ello, en la actuación, por tanto, en el delito doloso, en la tentativa acabada», pp. 213 y s. y nota 23, “*Sobre el Injusto del delito imprudente*” (2003), en *Revista de Derecho Penal y criminología*, UNED, 2ª época Nº 16, 2005; véase al respecto también, G. Jakobs, “*Representación del autor e imputación objetiva*”, [1989], pp. 225 y ss. Esto significa, a mi modo ver, que la consideración por la cual el injusto en el delito imprudente y doloso se agota con el desvalor de acción, sin tener en consideración el desvalor de resultado, se contraponen con la sistemática aquí asumida, pues son el bien jurídico y su lesión la base del delito, alinearme a la tesis de A. Kaufmann significaría una contradicción negligente de mi parte.

<sup>272</sup> Armin Kaufmann, *Teoría de la Normas*. Fundamentos de la Dogmática penal contemporánea, versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Edit. Depalma, 1977, «La norma es una forma ideal de la obligación de los hombres. Su objeto es una acción. Como forma ideal la norma no puede ser sino abstracta, separada de cada individuo en particular y de los actos concretos» p. 165, más adelante señala que, «[l]o decisivo sigue siendo la diferenciación de norma y deber con relación a sus respectivos objetos: deber, es lo debido por este hombre en este momento determinado; la norma, al contrario, es la formulación del deber de todos en forma intemporal», p. 174.

<sup>273</sup> Armin Kaufmann, *Teoría de la Normas*, p. 174; más adelante se interroga, «¿Quién es destinatario de la norma (abstracta)?: (...) destinatarios de la norma son todos. (...) ¿Quién es en

autor para poder así estar motivado por la norma y llevar a cabo lo querido por esta (hacer o no hacer); y para realizar su contenido tiene que ser capaz de acción: esto es «la posibilidad de realizar una *acción totalmente* específica en determinadas circunstancias y en determinado momento»<sup>274</sup>. ¿Cuándo un hombre es capaz de acción?

Armin Kaufmann señala<sup>275</sup>: 1. El individuo tiene que captar en su conjunto la situación en que se halla, de tal manera que sea *consciente* de las circunstancias que determinan el objetivo de la norma; 2. El sujeto tiene que estar en condiciones de calcular, en virtud de su conocimiento de las circunstancias de hecho ya existentes y de su saber causal en general, el curso de la acción prohibida; 3. Que el sujeto pueda realizar también realmente, según su capacidad psíquica y física, la decisión tomada de ejecutar una acción determinada. Los puntos 2 y 3, son los que en Kindhäuser<sup>276</sup> constituyen la *capacidad de acción* (conocimiento y capacidad física), la que determinará el grado de vinculación del sujeto a la norma (deber concreto de actuar). Para este último, si el autor, pese a tener la capacidad de acción (deber concreto como resultado del silogismo jurídico), no evitó el injusto de resultado (objeto de imputación) se le imputará el resultado.

En suma, «¿qué es lo que puede ser contenido de una deber humano? Naturalmente sólo aquello que puede ser cumplido por el hombre. En tal sentido, el efecto obligante de la norma está condicionado por la posibilidad de cumplimiento de la norma. (...) La norma se dirige, por tanto, a la capacidad, al “poder” del hombre»<sup>277</sup>. Sigue esa línea Kindhäuser, «¿cuál es la medida de capacidad de acción del destinatario de la norma que exige el derecho penal? Y ante todo: ¿qué grado de conocimiento de la posibilidad de evitación del injusto de resultado es necesario para que al agente puede imputarse la causación de un resultado como infracción de deber?»<sup>278</sup>. La respuesta: «Un modelo de hecho punible que pretenda dar una respuesta a la pregunta de cómo los bienes jurídicos pueden ser efectivamente protegidos, sin embargo, tiene que descansar en las capacidades que efectivamente disponen los destinatarios de las normas. Y esto significa: Un deber jurídico-penal de acción se constituye si y sólo si un destinatario de la norma fiel al derecho, con los conocimientos y la capacidad física del autor individual, tendrá que ejecutar u omitir una acción determinada para evitar el resultado típico»<sup>279</sup>.

De lo indicado se desprende que lo relevante es si el autor concreto pudo evitar o no el resultado, pero esa posibilidad de evitación no es una posibilidad naturalística, sino producto de una valoración jurídica político-criminal y, por tanto, normativa, a la que subyace una ponderación entre la libertad general de acción y el interés individual de protección. En definitiva, el elemento fundamentador de la responsabilidad penal es la *evitabilidad* concreta que surge de valorar la acción final dotada de sentido social.

---

concreto *obligado* por la norma? (...), sólo el “capaz de acción” es concretamente obligado», p. 175.

<sup>274</sup> Armin Kaufmann, *Teoría de la Normas*, p. 185.

<sup>275</sup> Armin Kaufmann, *Teoría de la Normas*, pp. 186, 187 y 188.

<sup>276</sup> Kindhäuser, *Crítica a la teoría de la imputación objetiva...*, pp. 21 y ss.; el mismo, *“Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso”*, pp. 55 y ss.

<sup>277</sup> Armin Kaufmann, *Teoría de la Normas*, p. 140.

<sup>278</sup> Kindhäuser, *Crítica a la teoría de la imputación objetiva...*, pp. 28 y s.

<sup>279</sup> Kindhäuser, *Crítica a la teoría de la imputación objetiva...*, pp. 36 y s, y pp. 66 y s.

## 2. Perspectiva del enjuiciamiento del hecho ¿*ex ante/ex post*?

Si la materia del enjuiciamiento comprende al sujeto considerado en su individualidad (capacidades físicas, psíquicas e intelectuales), entonces, el punto de vista desde el cual se ha de valorar la acción y el injusto de resultado debe ser *ex ante* para el sujeto y *ex post* para el juzgador<sup>280</sup>. En efecto, el juzgador debe analizar *ex post* si el autor individual tenía un deber concreto de evitación del resultado *ex ante*, y que a su vez dicho deber pueda ser o no considerado como adecuado político-criminalmente para impedir la lesión del bien jurídico. Aquí es preciso indicar una diferencia fundamental con respecto a la teoría de la imputación objetiva que se cimienta en la creación de un riesgo desaprobado: La perspectiva del enjuiciamiento no es una que sirve para determinar el juicio de peligro o riesgo –ya sea este *ex ante* o *ex post*<sup>281</sup>–, sino para determinar la capacidad de acción del autor concreto. La creación del riesgo no juega ningún rol fundamentador.

## 3. Resolución de casos

Los casos dentro del denominado riesgo permitido como aquel del estudiante de biología, el ingeniero que alquila un automóvil, el estudiante de arquitectura que trabaja en sus vacaciones de verano como peón de albañil y el cartero, quienes tienen un conocimiento especial que les da la posibilidad de representarse el pronóstico del riesgo y que éste se realizará en el resultado, al parecer, a primera vista, tienen una estructura unívoca que al estar cubiertos por el riesgo permitido no responderán jurídico-penalmente; sin embargo, esto no es así.

---

<sup>280</sup> Véase al respecto, Kindhäuser, *Crítica a la teoría de la imputación...*, p. 42 y pp. 119 y s.

<sup>281</sup> Así por ejemplo, Björn Burkhardt, *Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez una aportación contra la “confusión entre lo objetivo y subjetivo”*, en *El Sistema integral del Derecho penal* [1996], quien señala que ambas perspectivas (*ex ante* y *ex post*) se complementan para determinar el *juicio de peligro*, dando respuesta suficiente y adecuada a las cuestiones normativas que interesan tanto a los destinatarios de la norma como a los operadores jurídicos, p. 191; B. Schünemann, “*Consideraciones sobre la imputación objetiva*”, este autor señala que, la «interrogante acerca de si la valoración debe ser efectuada *ex ante* o *ex post*, y si en ella deben marcar la pauta los conocimientos del autor o los conocimientos de un observador óptimo, se resuelve ahora con la clara respuesta: “tanto lo uno como lo otro”. La norma de conducta, cuya infracción constituye una norma típica, debe ser naturalmente formulada *ex ante* y debe tomar como punto de partida la situación como así también los conocimientos especiales del autor. Pues ella no debe regular caso hipotético alguno, sino la conducta del autor individual en una situación histórica muy concreta. Como ninguna persona puede hacer uso de otra cosa que de su propio saber y sus propias capacidades de conocer, no tendría sentido en absoluto construir la norma de conducta partiendo de la base de conocimientos de algún observador óptimo imaginario, pues ello sería absolutamente desatinado bajo el punto de vista de la prevención general», p. 424, pero creo que con este criterio por más referencia a la «prevención general» –en el caso de Schünemann– se está renunciando a la determinación del pronóstico objetivo de la creación de un riesgo, y se va de lleno a determinar la posibilidad de evitar un resultado en función de las capacidades concretas del autor, llegándose al resultado contrario buscado por este autor: que la imputación objetiva es prescindible. En el ámbito nacional, Alonso R. Peña Cabrera Freyre renuncia al juicio *ex ante* y se traslada al juicio de peligro *ex post*, *Derecho penal peruano: Teoría general de la imputación del delito* Lima: Rodhas, 2004, p. 173. No obstante, los autores señalados incluyen la perspectiva *ex post* para configurar la base del *juicio de peligro*, tal juicio que en mi tesis no juega ningún rol. Por otra parte, W. Frisch, *Delito y sistema de delito*”, trad. de R. Robles Planas en *El Sistema integral del Derecho penal* [1996], Jürgen Wolter/Georg Freund (eds.). Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2004, indica que la cuestión de la base del juicio es una que solo tiene sentido en el ámbito del delito imprudente (p. 265.), orientando la base de dicho juicio a la perspectiva *ex ante* con la incorporación de datos individuales, lo que, a su vez, no quiebra la distinción sistemática de lo objetivo y subjetivo, pp. 245 y ss.

En efecto, partiendo de la constatación de la relación causal (elemento objetivo), que no depende de lo que el ser humano puede o no representarse, se ha de negar la relación causal en el caso del ingeniero que devuelve el auto alquilado percatándose de un desperfecto; el ingeniero no es causa del resultado muerte del siguiente arrendador, es así que si quitamos sus conocimientos especiales, y realizamos la pregunta conforme a leyes naturales (del mundo objetivo), ¿cuál fue la causa del resultado?, y consideramos, además, a las otras personas que también realizaron arrendamientos del mismo auto, no es posible concluir que el ingeniero, ni los anteriores arrendadores sean causa del resultado lesivo. Seguidamente, y en tanto no existe una posición de garante del ingeniero que le obligue a activar sus conocimientos especiales no es posible iniciar el enjuiciamiento para desprender la concurrencia o no de una capacidad concreta de acción (evitabilidad concreta). A quien le compete el desperfecto posiblemente sea el arrendador, a quien también, en un principio, se le ha de excluir de la relación causal, pero obliga a indagar si era garante. Este es un caso en el que la relación causal no se constata y, por ello, no permite iniciar el enjuiciamiento, además, se demuestra que no todo poder de evitar hace que el autor responda penalmente.

Respecto del caso del estudiante de arquitectura, aquí, en efecto, existe una relación causal conforme a leyes naturales. El estudiante contribuyó a la construcción del edificio, sin duda él es causa, además, su comportamiento tampoco se ha de considerar como uno que pertenece al orden social normal, pues el resultado lesivo y los peritajes que expliquen las causas del derrumbe exigirán también explicaciones de los obreros (análisis *ex post*). Se inicia así el enjuiciamiento del hecho acaecido: ¿al momento de colocarse la causa del resultado (análisis *ex ante*) el estudiante tenía capacidad de acción a efectos de evitar la lesión un bien jurídico? Sus conocimientos especiales efectivamente le permiten pronosticar el resultado, de ese modo, le queda hacer tres cosas; primero, comunicar de ello a los demás obreros –transmite sus conocimientos especiales a los demás–, y si pese a ello los otros persisten en ejecutar la obra, sin realizar nuevos estudios, el estudiante actúa conforme a deber; segundo, si el autor *simplemente* deja de prestar una contribución fáctica a la producción del resultado, esta abstención no lo libera de la infracción de un deber, mejor dicho, no actúa conforme a deber, pero no se le puede imputar el resultado (análisis *ex post*), pues de todas maneras el resultado se va a producir; por último, si el estudiante se queda callado y continúa contribuyendo a la construcción, actúa contrario a deber, pero nuevamente, incluido el supuesto anterior, el resultado de todas maneras se producirá (análisis *ex post*), lo cual lleva a la imposibilidad de atribuirle el resultado.

En los casos del estudiante de biología y el cartero se ha de analizar la relación de la causalidad, la cual –en efecto– concurre. Seguidamente, la interpretación del tipo (adecuación social) no es capaz de excluir el sentido delictivo del hecho considerándola como adecuada al orden social normal. Esta última consideración muestra una aparente contradicción, pues al afirmar que existe *relevancia del hecho*, esto debió implicar la realización de *un enjuiciamiento*, el cual precisamente todavía no hemos realizado, de ese modo, caeríamos en la crítica de Kindhäuser –quien lleva los pantalones es el concepto de relevancia y no el de adecuación social–, que lleva a eliminar a la adecuación social de toda utilidad. Ahora, quien se limite a señalar esa aparente contradicción muestra únicamente su



forma metafísica de pesar, esto es, una forma de pensar y análisis unilateral, estática y sin relacionar todos los elementos del fenómeno. Por tal motivo, debe quedar bien claro que la razón por la que la adecuación social como criterio de interpretación se muestra como un enjuiciamiento *anticipado* (excluyente de sentido delictivo) al *enjuiciamiento propiamente dicho*, es debido a que la adecuación no es una nube que se posó en el tipo penal cubriendo todos sus elementos (objetivos y subjetivos), sino que refleja los infinitos enjuiciamientos previamente realizados. En otras palabras, *recoge toda la experiencia valorativa judicial de la historia de una conducta considerada delictiva para una cultura particular* y que se ¡originó! por la valoración de un actuar final que a su vez recibió –fusionándose– el sentido de la valoración (*feedback*). En consecuencia, considerar inadecuado socialmente a un hecho no dice nada todavía de su relevancia jurídico-penal *actual* (no implica considerarlo desde luego un injusto). A modo de conclusión, la adecuación social es un enjuiciamiento histórico, mientras que el enjuiciamiento propiamente dicho es uno del hecho actual. El enjuiciamiento histórico permite anticipar exclusiones de conductas que producen resultados lesivos.

Ahora bien, en tanto que concurre una relación causal y el hecho es inadecuado socialmente, se da inicio al enjuiciamiento. Sobre la base de la causalidad (elemento objetivo) se efectúa la pregunta si la imposición de un deber, en el contexto, es un medio eficiente desde el punto de vista político-criminal para evitar la lesión de un bien jurídico. En esa línea se debe determinar si el estudiante de biología y el cartero eran capaces de actuar. Así pues, en tales contextos ambos se encuentra en la posibilidad de captar en su conjunto la situación en que se hallan, de tal manera, que son *conscientes* de las circunstancias que determinan el objetivo de la norma. En este punto, la teoría del conocimiento (reflejo) juega un rol importante, pues permite fundamentar «*el criterio normativo de la representación objetivo-real del curso causal lesivo del autor*». En efecto, el sujeto tiene frente a sí al mundo objetivo, y lo único objetivo es la relación causal de su ser en relación con la víctima como *posibilidad real*; pero si aún la relación causal no se ha realizado, entonces ¿cómo se puede hablar de causalidad?, nuevamente, cabe mencionar que el pensamiento humano está en la capacidad de adelantar resultados, y esto se debe a que el hombre piensa conforme a leyes lógicas que no son nada distintas a la leyes que rigen el desarrollo del mundo objetivo, por lo tanto, independientemente de la subjetividad (el capricho), el autor tiene la representación causal del resultado frente a sí, de ese modo, el tipo subjetivo se representa dos cosas: todos los conocimientos del autor y la descripción *representada* del tipo objetivo, la consecuencia de ello es que el sujeto está en condiciones de calcular el curso causal de la acción prohibida, en virtud de su saber (especiales o no) de las circunstancias de hecho ya existentes. Si sus conocimientos especiales le permiten con reglas lógicas acertadas determinar que el comensal morirá con la fruta venenosa, no es otra cosa que la comprobación de que la realidad se refleja en el pensamiento.

Finalmente, se ha de constatar su capacidad psíquica y física, llegado a este punto, en el caso, el sujeto poseía la *capacidad de acción* (conocimiento y capacidad física) para evitar el resultado (grado de vinculación del sujeto a la norma = deber concreto de actuar). Esto último es, sin duda, un análisis *ex post* (desde el juzgador), mientras que la constatación de la representación objetivo-real del curso causal lesivo del autor individual es *ex ante*, de estos análisis se deriva un

deber concreto que es considerado como adecuado político-criminalmente para impedir la lesión del bien jurídico. En tanto el estudiante de biología y el cartero poseían un deber concreto de evitar el resultado se ha de imputarle a título de dolo el resultado producido. Asimismo, es irrelevante si el estudiante o cartero se dan cuenta “justo después” de haber dejado el plato o la carta, y aun cuando Jakobs<sup>282</sup> señale que a nadie se le ocurriría pensar que concurre una posición de garante, creo yo que sí concurre, ya que la condición del resultado ha dependido exclusivamente del autor, lo cual lo vincula con el resultado producido.

Ahora para demostrar (nuevamente) que la sola posibilidad de evitar el resultado no fundamenta la responsabilidad, se puede incorporar en el caso del estudiante de biología, el hecho de que unos profesores también se dan cuenta de que la fruta servida es tóxica, sin embargo, ellos no responden, porque no son causa, y porque no tienen una posición de garante sobre el comensal.

Otro supuesto que demuestra que la valoración del hecho debe hacerse en un todo, es en los casos de desviación del curso causal lesivo –un sujeto ve que una piedra se dirige a la cabeza de una víctima, y proponiéndose la desvía lesionando el hombro de la víctima–, así pues, si se interpreta la acción como una unidad de sentido no es posible considerarla como una acción de lesionar el hombro, sino una de *salvamento*. Quien afirme que el sujeto disminuyó el peligro para la cabeza, pero la aumentó para el hombro, únicamente demuestra dos cosas: lo absurdo del sentido de las palabras, y los problemas irrelevantes y artificiosos en las que se sumerge la teoría de la imputación objetiva<sup>283</sup>, que tomando las palabras de Schünemann nos lleva al peligro de una «dogmática sin consecuencias»<sup>284</sup> que directamente afecta a la coherencia de la jurisprudencia.

El segundo grupo de constelaciones se refiere a los supuestos que se resuelven con la prohibición de regreso (la última causación autónoma de un resultado típico impide la responsabilidad de una aportación causal anterior), se debe señalar como premisa en contra de esta teoría lo indicado por Kindhäuser, que se «contradice con el principio de imputación general a partir del cual no cabe invocar una conducta contraria a deber para obtener una exoneración. En Derecho penal no se protege al autor, sino el ámbito jurídico de la víctima (...); las normas sirven al aseguramiento de bienes. Por ello, los obligados no pueden limitar entre ellos sus deberes frente al bien jurídico protegido por la norma, y mucho menos derogarlos»<sup>285</sup>. Despejado así el camino, *el enjuiciamiento* determinará el deber jurídico concreto del autor con saber especial en su ámbito concreto de actuación,

---

<sup>282</sup> Ver *supra*, Capítulo V. 1.2.1.

<sup>283</sup> H Joachim Hirsch, “*El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel*”, advierte que «hoy en día es posible observar a menudo una tendencia a ocuparse de sutilidades casuísticas y construcciones ajenas a la práctica», p. 36; actualmente, en ese sentido, Gracia Martín. “*Consideraciones críticas acerca de la teoría de la imputación objetiva*”, la teoría de la imputación objetiva es una «tópica *par excellence*», p. 44.

Otro ejemplo, de artificialidad puede encontrarse en Sancinetti, cuando estima que una bomba colocada después de otra “mejora” la situación del bien jurídico por el sólo hecho de haber detonado luego que la otra bomba no detonó, lo cual dio 10 minutos de vida a la víctima, “*Observaciones sobre la Teoría de la imputación objetiva*”, en *Estudios sobre la Teoría de la imputación objetiva*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1ª ed., 1998, p. 67.

<sup>284</sup> Schünemann B. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la Ciencia Juridico-Penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 52 y s.

<sup>285</sup> Kindhäuser, “*Cuestiones fundamentales de la coautoría*”, trad., de M. Cancio Meliá. Cuadernos de Conferencias y artículos N° 29, 1ª ed., Bogotá: Univ. Externado de Colombia-Centro de Investigación filosofía y Derecho, 2002, pp. 34 y s.

y si este no activó su capacidad de evitación, pese ser capaz de acción responderá jurídico-penalmente.

Hay que indicar previamente que la contribución a un hecho delictivo a través de un comportamiento estereotipado donde hay “algo” en común, *debe necesariamente ser siempre objeto de enjuiciamiento* la interpretación del tipo en un contexto delictivo complejo, como son estos casos, pues intervienen muchos actores, no puede descartar ninguna contribución causal como socialmente adecuada, sino que precisamente los casos precedentemente desarrollados en el curso histórico-judicial demuestran que los sujetos se valen de sus funciones o de sus prestaciones para contribuir a la realización de delitos, por lo tanto, es preciso que se analice sus capacidades concretas a efectos de determinar un deber concreto de actuar. Esto debe ser así ya que en la sociedad concreta actual, el desarrollo económico muestra que las mayores formas de criminalidad moderna se valen de los medios sociales y legales para realizar los grandes injustos penales, y consecuente con mi posición de limitar el poder punitivo del Estado al máximo, que también significa que el poder punitivo alcance a todas clases sociales que cometen delitos, y siguiendo de lo más convencido a Gracia Martín, es preciso que la verdadera modernización del Derecho penal, desde un punto de vista histórico-material, «debe entenderse ante todo como la lucha por el discurso material de la criminalidad, la que ha de entenderse, a su vez, en el sentido de conquistar la integración, en dicho discurso, de toda la criminalidad material propia de las clases poderosas (...)»<sup>286</sup>.

De ese modo, el caso de los grandes bancos que acostumbran ofrecer sus buenos servicios para ocultar el dinero proveniente de actividades ilícitas ha de ser enjuiciado conforme a sus saberes especiales, y de sus gestiones que determinen una contribución a los delitos de terceros. El caso del vendedor de automóviles que pudiendo saber por las circunstancias de la venta que la camioneta iba a ser usada para la realización de un gran atentado con bomba, debe ser tratado no en relación con la prohibición de matar, sino de omitir el socorro. En el caso del taxista de la jurisprudencia peruana se excluye la tipicidad sobre la base de la interpretación del tipo de robo con relación a todos los datos incorporados al proceso, la conducta del taxista es socialmente adecuada, y si en caso haya que exigirle por la omisión de socorro (Art. 127 CP), hay que negar la capacidad de acción, el desconocimiento elimina la tipicidad y el solo conocimiento del peligro no lo responsabiliza, ya que en la situación concreta a nadie se le puede exigir evitar peligros exponiendo su integridad física. Ahora cabe agregar que estos dos últimos casos no son casos de conocimientos especiales, pues aquí “el darse cuenta” de la realización de un delito por las circunstancias del contexto no establece un saber especial que siempre tiene un carácter previo.

Finalmente, los casos tratados por la prohibición de regreso en los que no existe una comunidad (vida cotidiana), y, también, una relación causal, serán resueltos

---

<sup>286</sup> Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad”, Valencia: Tirant lo blanch; 2003, pp. 163 y s.; véase también, mi trabajo, *El derecho Penal frente a las nuevas formas de la criminalidad*. Especial referencia a los delitos medioambientales, en Revista Jurídica del Perú, N° 94, diciembre 2008, Gaceta Jurídica, pp. 334 y ss., desde el 4to año de Derecho (2007), sigo sus planteamientos sobre la modernización del Derecho Penal.

en principio por la adecuación social, esto es, con la interpretación del tipo (extraer su sentido social), para excluir conductas *irrelevantes jurídico-penalmente* y que no entran en la *ratio legis* de la norma prohibitiva, casos como lo señalados por nuestro profesor sanmarquino José Caro John<sup>287</sup>: la señora de un restaurante que prepara un desayuno a unos maleantes *sabiendo* que inmediatamente después van a robar un banco, el caso la persona que celebra su cumpleaños en un restaurante que *sabe* no paga impuestos o del deudor que paga su deuda *sabiendo* que el acreedor usará el dinero para adquirir un arma y dar muerte a otro. Como ya se ha dejado establecido, la interpretación de los tipos se efectúa sobre la totalidad de la acción con sentido social, y no analiza solo el lado externo del actuar; por ello, es la valoración global del hecho la que la excluye del ámbito de lo relevante, es decir, del hecho autónomamente llevado a cabo por los terceros, aquí no se protege al primer causante invocando la contrariedad al deber del tercero para obtener exoneración, como lo explica Kindhäuser, pues estos comportamientos en su contexto no tienen la suficiente capacidad expresiva para ser considerados relevantes para el Derecho penal.

Síntesis:

*Cuando exista control del mundo objetivo a través del conocimiento y dominio de la causalidad el autor ha de responder penalmente.*

Asimismo, tampoco creemos que los casos de conocimientos especiales deban ser cuestiones que atañen enteramente al tipo subjetivo, como lo señala Struensee<sup>288</sup>, es decir, que el delito doloso e imprudente dependan de la representación del autor. En efecto, seguir una posición subjetivista no es la correcta, pues presupone una división del tipo la cual precisamente negamos, además, no le restamos ningún valor a los elementos del tipo objetivo, ya que estos son el objeto del tipo subjetivo, es decir, se encuentran interrelacionados.

#### **4. Cuestiones relativas a las capacidades inferiores a la media**

Ahora bien, en los casos de imprudencia por asunción (supuestos en los que se infringe los deberes de cuidado cuando el autor, efectúa un comportamiento que el llamado a actuar podía hacerlo sin ninguna dificultad), si bien el autor teniendo sus *capacidades inferiores*, en relación con el experto o especializado en el concreto ámbito de actuación no puede evitar el resultado *al momento de ejecutar la acción*, esto no significa que su conducta sea atípica (Roxin estima que sin el criterio de la individualización hacia arriba, el autor que actúa en dichos supuestos, actuaría conforme a Derecho)<sup>289</sup>. Ahora bien, esto no contradice nuestras posiciones sobre la responsabilidad por capacidades individuales, pues aquí se ha de incorporar el *dato social empírico* de que quien actúa no puede y, en consecuencia, no debe ingresar a ámbitos en los cuales no es capaz de desenvolverse adecuadamente. Precisamente es la capacidad individual la que fundamenta el injusto en estos casos, dicho de otro modo, la capacidad individual de no ingresar a un contexto por él desconocido: si uno sabe que no sabe cómo manejar determinados instrumentos, no debe actuar, y eso es así porque todos sabemos lo que no conocemos, y por tanto, en función de ello se ha concretizado

<sup>287</sup> José A. Caro John, “Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales”, pp. 101 y s.

<sup>288</sup> E. Struensee, “Acerca de la legitimación de la «imputación objetiva» como categoría complementaria del tipo objetivo”, trad., Fabrizio Guariglia. RPCP N° 6 Año 2., gc ediciones. Perú. 1998, p. 765.

<sup>289</sup> Roxin, PG. § 24 nm. 52.

un deber en función del autor individual. Por otro parte, esto es fácilmente constatable en el Derecho procesal penal, por ejemplo, quien por sus dificultades físicas, su falta de educación vial o preparación educativa decide enfrentarse al tráfico viario, o manipular instrumentos industriales, ha de responder por las consecuencias; su capacidad individual (no conocer –inferior a la media– al momento que actúa) no lo exime de responsabilidad, pues aquí lo fundamental es la capacidad individual al momento de emprender la acción, y aquí su capacidad individual *le exigía un deber concreto de no actuación*.

## 5. Problemas secundarios

¿Intervención del Estado en el ámbito del fuero interno del autor? O mejor ¿reducción de la libertad de acción? La respuesta es que solo una perturbación externa justifica la indagación en el saber del sujeto, de lo contrario el ser humano (espera privada) como ciudadano desaparecería y con ello las bases del sistema democrático. Al respecto, esto ya Jakobs lo había mencionado en 1985<sup>290</sup>, pero para este autor el significado de lo “perturbador” no es la simple modificación del mundo externo, sino que este concepto viene delimitado por lo que la sociedad moderna considera perturbador, siendo un esquema de interpretación (= la imputación objetiva) lo que explica el concepto de perturbación. No obstante, como hemos señalado *lo social* no puede explicarse por sí mismo, o mejor dicho, desprenderse y cobrar autonomía; no cabe duda que las tesis de Jakobs son sumamente consecuentes, y una crítica contra él no puede sostenerse si se parte de consideraciones dogmático-penales, por lo tanto, desde mi concepción, al ser lo individual-subjetivo *¡en su proceso histórico!* la base desde la cual surge el sentido social, entonces, no tiene por qué ser limitador de la libertad de acción si preguntamos sobre los conocimientos del autor cuando se ha producido un resultado lesivo (representación que tiene como referente más objetivo a la causalidad), por ello estimo, que lo descrito no contradice la idea que «lo interno no es objeto de regulación»<sup>291</sup>. En efecto, la causalidad es el primer referente que nos permite preguntarnos sobre lo interno del sujeto, pero no significa que esta fundamente la responsabilidad, por lo demás, mis consideraciones no permiten ingresar a la cuestión de si existe una crisis o buena salud del lado subjetivo del hecho, ya que esto únicamente puede ocurrir con *dogmáticas analíticas* que escinden los elementos del tipo y le buscan un desarrollo “histórico” particular o independiente. No hay nada de histórico en dichos análisis si no se incorporan *todas* las contradicciones internas de las cosas, las cuales existen en el proceso de desarrollo de todas las cosas y se presenta desde el comienzo hasta el fin del proceso de desarrollo de cada cosa.

---

<sup>290</sup> G. Jakobs, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” [1985], trad., de E. Peñaranda Ramos, en *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal*, Lima: Palestra editores 1ª ed., agosto de 2000, p. 220.

<sup>291</sup> G. Jakobs, “Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal” [1987], trad., de J. Cuello C., ADPCP, Tomo XLII Fasc. II, Mayo-Agosto. Madrid, 1994, p. 634; asimismo, véase, M. Cancio Meliá, “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”, en *Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, (coord.) Jacobo López Barja de Quiroga y José Miguel Zugaldía Espina, Madrid-Barcelona: Instituto de Investigaciones Ortega y Gasset-Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004., pp. 75 y ss; Mariana Sacher de Köster, *Evolución del tipo subjetivo* [1995], un estudio en cuatro periodos de evolución.

## II. Enjuiciamiento e imputación objetiva

Habíamos afirmado que *el enjuiciamiento* contiene todo el peso material en la determinación de un hecho como relevante, proceso previo a la subsunción. Ahora bien, es preciso indicar que es aquí donde se encuentra o ubica, también, la teoría de la *imputación objetiva*. En efecto, la Teoría de la imputación objetiva, ya no entendida como una serie de criterios o principios correctivos para solucionar los problemas del delito imprudente<sup>292</sup> o de determinados tipos penales de resultado tanto dolosos e imprudentes –imputación del resultado<sup>293</sup> [Roxin]–, sino como una teoría completa para determinar el reparto de responsabilidades<sup>294</sup> [Jakobs], así como el sentido del comportamiento bajo parámetros sociales, es pues, precisamente este el *relativo contenido* del *enjuiciamiento*. Extraer el significado del comportamiento es enjuiciar y no imputar.

Por otra parte, se podría afirmar –y *eso parece*– que enjuiciar es imputar, como categoría del Derecho en general y del Derecho penal en particular; pero creo que ello no es del todo acertado, pues imputar significa vincular *algo* a *alguien*; sin embargo, cuando enjuiciamos no vinculamos algo a alguien, sino que enunciamos el *significado global* del comportamiento, es decir, no vinculamos –imputamos– un resultado lesivo, por ejemplo, el resultado muerte a una persona, pues el resultado *es parte* del comportamiento del sujeto, le pertenece, es su obra; dicho de otra manera, el suceso –la totalidad del suceso (sus resultados separados en el tiempo y en el espacio)– es una unidad, expresión de la voluntad de la persona responsable con sentido social y relevancia social.

Como habíamos afirmado imputar es atribuir, adscribir a alguien algo<sup>295</sup>. En efecto *solo* hay imputación con respecto de la conducta y la pena, y en general a la sanción, basta ya recordar a H. Kelsen quien afirma que «la determinación de

<sup>292</sup> Véase al respecto, Reyes Alvarado Yesid. “El concepto de Imputación objetiva”, en Revista de Derecho Penal contemporáneo: Revista Internacional. N° 1, Oct-dic 2002, Bogota-Colombia: LEGIS., p. 23; asimismo, la crítica de Armin Kaufmann, “¿«Atribución objetiva» en el delito doloso?”, ADPCP, 1985, p. 814., la imputación objetiva lleva gravada en la frente su procedencia del delito imprudente; H. Joachim Hirsch, “Acerca de la Teoría de imputación objetiva”, p. 47 en nota 31 y p. 61.

<sup>293</sup> Así lo afirma, C. Roxin, PG, «La imputación al tipo objetivo sólo es un problema de la Parte General cuando el tipo requiere un resultado en el mundo exterior separado en el tiempo y el espacio del la acción del autor. [...] En consecuencia, la teoría del nexo causal es (al menos en los delitos comisivos...) el fundamento de toda imputación al tipo objetivo; pues el primer presupuesto de la realización del tipo es siempre que el autor haya causado el resultado», § 11 n.m 1.

<sup>294</sup> G. Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, p. 18; el mismo PG, «La teoría de la Imputación objetiva se ocupa de la determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable», Apartado 7 n.m 4.

<sup>295</sup> Fundamental, H. Kelsen, quien señala que la palabra “imputación”, es cierto, expresa la idea de que tal o cual hecho es atribuido o puesto en conexión con determinado individuo. Pero la imputación que tratamos no es la relación entre individuo y un acto de éste, sino la que existe entre la sanción jurídica y el acto e, indirectamente entre la sanción y el autor del mismo acto. El concepto de imputación refiérase, pues, a la relación específica entre el acto antijurídico y la sanción., p. 108, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad., de Eduardo García Máñez de la 2ª ed., de 1985, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 4ª reimpresión, 1988.

Haciendo referencia a dos clases de imputación en el pensamiento kelseneano, Laclau Martin. “Norma, deber ser y Ordenamiento jurídico en Hans Kelsen”, en *Anuario de Filosofía jurídica y social*. Asociación Argentina de Derecho comparado, Sección Teoría General N° 05, Estructura y función de las normas jurídicas, Martin Laclau, et al. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985, «La imputación de un hecho a una sujeto determinado y la imputación de un hecho a otro hecho», pp. 21 y ss.; y por otro lado, afirma «[s]e imputa la sanción a un suceso, material o humano», pp. 23 y s.

quien ha ejecutado tal o cual comportamiento –buena acción, quien ha cometido un pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho. El verdadero problema que la imputación debe responder es el determinar quién es responsable de una buena acción un pecado o un crimen; *en otros términos quién debe ser recompensado, hacer penitencia o ser penado*»<sup>296</sup>. Imputar como concepto de la Teoría General del Derecho es atribuir una consecuencia a la conducta, ya sea un premio o una sanción; como concepto del Derecho penal imputar jurídico-penalmente es atribuir a alguien una *pena*. El concepto de *imputación* penal debe vincularse con la individualización judicial de la pena. De ese modo, nos alejamos, definitivamente, de la opinión más difundida, según la cual la imputación se conceptualiza como la vinculación de un suceso o proceso (hecho comisivo o de una inactividad) a un destinatario, esto es, que el suceso se muestra como algo que pertenece al autor<sup>297</sup>. En definitiva, se atribuye o *imputa* la pena al sujeto que ha organizado defectuosamente su conducta. La determinación de que tal o cual comportamiento es un esbozo particular del mundo y que no rige a futuro, o sea, un delito, le corresponde al proceso de *enjuiciamiento*; dicho proceso tiene su ubicación sistemática en el nivel de tipicidad.

### III. ¿Vinculación a lo ontológico-social en Ernst-Joachim Lampe?

No existe contradicción –reitero– cuando sostengo que mi método es el de la vinculación al *ser social* (realidad y valor u ontológico-social) y que a su vez se desprenda de ello una *finalidad sistemática* de protección de bienes jurídicos como expresión de la finalidad de contención del poder punitivo. Esto es así porque las metas, precisamente, nacen del dato óntico-social que se halla en contradicción; la finalidad del sistema penal no se deriva de la subjetividad muy bien intencionada de algún jurista para luego construir sus conceptos jurídicos-penales, sino que viene impuesta por la naturaleza del fenómeno penal (de su movimiento), y esto, únicamente, se puede entender *si se piensa dialécticamente*, desde el momento que se reconozca el movimiento del mundo. El *método* se desenvuelve paralelamente a como se desarrolla la realidad objetiva de la cual surgen los fines y metas de la ciencia.

Ahora bien, el profesor alemán Ernst-Joachim Lampe asumiendo un punto de partida ontológico, pero rechazando también lo ontológico unilateral y lo social unilateral –así como hago en mi tesis– avanza a lo ontológico-social, sosteniendo

<sup>296</sup> Cfr. Kelsen H, *Teoría Pura del Derecho*. Introducción a la Ciencia del Derecho, ed., francesa 1953, 18ª ed., agosto de 1989., p. 28; en ese mismo sentido, nuevamente, Hans Kelsen *¿Qué es la justicia?*, ed., española a cargo de Albert Calsamiglia, Barcelona: Editorial Ariel. S.A. 2ª ed. de la Colección Ariel. 1992., p. 225.

<sup>297</sup> Véase, Joachim Hruschka, “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, ADPCP, T. XLVII, Fasc. III, Septiembre, 1994, p. 346 y ss., quien distingue dos niveles de imputación (*imputatio facti* e *imputatis iuris*) partiendo de autores de la Ilustración (H. Grotius, I. Kant y J. Daries), siendo reglas que se dirigen al juzgador con posterioridad al hecho, las cuales sirven para vincular o atribuir –en niveles de valoración [los señalados]–, un suceso a un sujeto; *imputatio* significaba la imputación (objetiva y subjetiva) del mismo hecho y no sólo del resultado del delito, idea que tiene sus orígenes, según B. Schünemann en el pensamiento Pufendorf, “Consideraciones sobre la imputación objetiva”, p. 411, nota 2; asimismo, G. Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, «toda imputación, incluyendo la jurídico-penal, se vinculan un suceso que acontece en el mundo y un destinatario de la imputación (...)», p. 18.

que el Derecho penal debe fundamentarse sobre esta última base<sup>298</sup>. De aquí se puede advertir una coincidencia, no obstante, esta es solo formal o terminológica, el profesor alemán no indica cuál es la *naturaleza* de la *medida y orden* que las «relaciones vitales» (“naturaleza de la cosa”) llevan consigo, por el contrario, mi tesis explica que la naturaleza de las cosas es una unidad y lucha de opuestos –la esencia del movimiento–, todas las cosas –las *relaciones sociales* que atañen al Derecho penal, la norma y el tipo penal– se encuentran en contradicción. De ese modo no existe similitud en los planteamientos. Esto además se advierte cuando le otorga a la fundamentación normativo-funcional (político-criminal) una limitada *relación de complemento* a la fundamentación ontológico-social<sup>299</sup>, esto no es acertado, en efecto, tal como hemos indicado en el párrafo precedente, las metas (finalidad político-criminal en el Derecho penal) se derivan de la misma esencia de la naturaleza la cosa (óntico-social), de ese modo, no puede hablarse de una relación de complemento en la construcción funcional del sistema, sino que esta es impuesta por la realidad misma, pues así lo exige la cosa –el fenómeno penal–, el cual requiere contención. En conclusión, no hay puntos en común.

#### IV. Conclusiones

1. El mundo o realidad objetiva *existe independientemente de nuestra conciencia*, el cual se *encuentra en constante cambio y movimiento*. Al abocarnos al conocimiento del mundo, las representaciones y conceptos que formemos en nuestra mente serán un reflejo de la realidad. Si reflejamos el mundo objetivo y este se encuentra en movimiento, entonces, las formas de pensamiento también adquirirán la propiedad del movimiento: *los conceptos se encuentran en constante cambio y movimiento*.
2. El método dialéctico enfoca las cosas y fenómenos del mundo y sus imágenes conceptuales en sus conexiones, en su concatenación, en su dinámica, en su proceso de génesis y caducidad.
3. La necesidad de una *concepción valorativa del Derecho* surge de todo el proceso histórico-social del Derecho, no es posible abandonar al Derecho a un análisis por puras relaciones de dominio (de una clase sobre otra).
4. El fenómeno penal *es* un fenómeno del mundo objetivo, existe; no es una elucubración abstracta o imaginativa de alguna persona o «genio maligno» y, en tanto existe en el mundo tiene *un movimiento particular* que lo caracteriza y el cual genera su desarrollo. Este movimiento es originado por una contradicción que existe en el proceso de su desarrollo *desde su comienzo hasta su final*. Por ello, la contradicción *fundamental* es la que determina al sistema penal en su conjunto y no solo al Derecho penal. El fenómeno penal desde su comienzo (Derecho penal sustantivo), desarrollo (proceso penal) y final (ejecución penal) se encuentra determinado por la contradicción entre *Libertad y Seguridad*.

<sup>298</sup> Ernst-Joachim Lampe, “Acerca de la estructura ontológica del injusto punible”, [1999] en *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, trad., de Carlos Gómez-Jara Díez, 1ª ed., Lima: Grijley, 2003, pp. 184 y s.

<sup>299</sup> Ernst-Joachim Lampe, “Acerca de la fundamentación funcional del sistema del delito” [2001], en *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, trad., de Guillermo Orce y Miguel Polaino-Orts, 1ª ed., Lima: Grijley, 2003, pp. 215 y s.; el mismo, “Acerca de la estructura ontológica del injusto punible” [1999], p. 185.



5. Las contradicciones *principales* se desarrollan en *cada etapa* del proceso del movimiento de la contradicción fundamental. El desarrollo del fenómeno penal no es único y constante, cada *etapa* tiene una contradicción *principal*, y esto es así porque el fenómeno penal es altamente complejo, entonces se tiene:  
 Contradicción entre libertad general de acción e interés individual de protección, que determina la *cualidad* del *Derecho penal*.  
 Contradicción entre imputado y acusador, que determina la *cualidad* del *Derecho Procesal penal*.  
 Contradicción entre dolor penal y víctima, que determina la *cualidad* del *Derecho de ejecución penal*.
6. La finalidad del sistema penal en el plano del *concepto* es la estabilización diferencial de la contradicción entre la libertad y seguridad, que se traduce jurídicamente en la Teoría de la protección de bienes jurídicos y que se expresa en la *realidad* –y esto es lo esencial–, *como limitación del poder punitivo del Estado*. No se puede limitar este poder con los conceptos o teorías, sino con el hacer, en la *práctica judicial*.
7. El Derecho penal, el Derecho procesal penal y el Derecho de ejecución penal son, únicamente, *forma*. Los objetos de estudios de sus respectivas ciencias son:  
 “El objeto de estudio de la Ciencia del Derecho penal es la contradicción entre libertad general de acción e interés individual de protección”.  
 “El objeto de estudio de la Ciencia del Derecho procesal penal es la relación entre inculcado y acusador”.  
 “El objeto de estudio de la Ciencia del Derecho de ejecución penal es la relación entre contraprestación (dolor penal) y víctima”.
8. La *subsunción* es la *relación lógica* entre el concepto normativo, supuesto de hecho o *representación* del hecho eventual y la *representación* del caso particular (hecho existente o acaecido), solo así es posible subsumir si hay *homogeneidad* entre lo que se pretende vincular. En suma, subsunción es la adecuación, más precisamente, reconducción lógica de la representación del hecho acaecido al esquema típico (supuesto de hecho–representación del hecho eventual).
9. El *enjuiciamiento* es el proceso intelectual complejo que busca delimitar las características sobresalientes, es decir, las notas distintivas del *hecho acaecido* en función de la norma; *adquiriendo movimiento dialéctico como su objeto de conocimiento*. Asimismo, no solo atiende a la compresión total del ordenamiento jurídico, sino que está estrechamente vinculado al desarrollo de la sociedad.
10. La estructura del delito: El primer enjuiciamiento determina la *tipicidad* de la representación del hecho acaecido arrojando una valoración negativa, que *permite pasar a la realización de un segundo enjuiciamiento más completo*. El resultado de tal procedimiento es que el hecho *es relevante jurídico-penalmente*, dicho en otras palabras, el comportamiento es desvalorado en tanto se ha opuesto al mandato o prohibición. El segundo enjuiciamiento (antijuridicidad) es mucho más complejo, y esto radica en que precisa de todas

las descripciones legales (supuestos de hecho) *que contienen permisiones*. Se revaloriza la teoría de los elementos negativos del tipo. Por último, la culpabilidad (valoración revisión) implica reconocer al individuo *incorporado en su medio social, ya no solo en el contexto de la realización del injusto, sino de su contexto social general*, lo cual influye en la capacidad de autocontrol y asequibilidad normativa.

11. *La sociedad pertenece al mundo objetivo*, su actividad y relaciones revelan su movimiento constante, y por ende, su complejidad. Así pues, *es* una formación compleja que nace de la interacción de los *hombres y la naturaleza*. La actividad y las relaciones del hombre constituyen la realidad social de la que se parte para conocer a la sociedad, a su vez, la sociedad tienen un espacio y tiempo. En contraste con la noción normativa de sociedad, esta es ahistórica y carece de una base fáctica real (espacio).
12. Una Teoría de la imputación objetiva en el sentido de Roxin es *superflua* para una comprensión de sociedad empírica, en tanto que una Teoría de la imputación objetiva en el sentido de Jakobs es *incompatible* con la dinámica individual-social objetiva (dialéctica).
13. La acción es acción *social*, y se encuentra en constante interrelación con la sociedad y no aislada de ella; el comportamiento humano final da origen a la sociedad, pero luego esta le da significado a aquella, y a su vez el comportamiento individual da origen a una reinterpretación de su significado social, o sea una retroalimentación o *feedback* constante (dialéctica: interdependencia indisoluble). En consecuencia, la individualidad y unilateralidad del comportamiento orientado por un fin no es negada por nosotros, sino que forma parte del análisis dogmático, y solamente *el método dialéctico nos guiará a introducirlo en el momento preciso*. Además, las valoraciones propias de la sociedad se *incorporan* en la acción.
14. El tipo penal es una unidad de sentido social y, por lo tanto, valorativo, ya *no* un reflejo de un comportamiento humano final visto de forma unilateral, sino *constituye el reflejo de la fusión entre realidad y valor*.
15. *La norma penal es el reflejo* de una contradicción existente en el mundo objetivo: la contradicción entre libertad general de acción e interés individual de protección.
16. Mi método es esencialmente *igual en la forma* o, mejor dicho, *estructuralmente* igual al de Welzel (vinculación *relativa* al ser o a las cosas), pero es distinto en el contenido, *parcialmente*; nos vinculamos al *ser social* que presupone y no descarta la base ontológica –la materia de donde surge el *ser social*–: Mi método –en el Derecho penal– es de la vinculación del Derecho al *ser social* (estructura y contenido).
17. *La Teoría del reflejo en el tipo penal* fundamenta la tesis de que éste es una unidad indisoluble de los aspectos objetivos y subjetivos; en cambio, *la Teoría del reflejo en la norma* fundamenta la tesis que *detrás* de la *acción social* se esconde su *esencia interna*, esto es la *no evitación*. Lo que interesa al Derecho penal como desvaloración es la capacidad de evitabilidad del autor, y la capacidad de evitabilidad *lesiva* sin justificación es el *injusto*; esta es la síntesis o resultado de la contradicción merecedora de sanción penal.

18. La evitabilidad constituye el elemento base de estudio del delito, entonces, lo que es evitable se determinará en el contexto particular en función de las capacidades concretas del autor (valoración). La evitabilidad, por lo tanto, es un concepto normativo.
19. Al comprender que *la acción* se refleja en el *tipo penal* –descripción de la *norma*– y que ambas son una unidad de sentido social, me conduce a afirmar que existe una *interrelación real* entre el tipo objetivo y subjetivo (fusión de realidad y valor); y en tanto que el primero es objeto del segundo, significa que no es factible realizar una imputación independiente al tipo objetivo y, luego, una al tipo subjetivo. Considero que, lo que el tipo subjetivo se representa ha de constituir un reflejo del pensamiento del autor, es decir, sus conocimientos, dicho pensamiento, a la vez, ha de reflejar el mundo exterior que se representa el tipo objetivo. Por lo tanto, el tipo subjetivo debe representar dos cosas: los conocimientos del autor que determinarán sus *capacidades concretas* de evitación del resultado y la descripción *representada* del tipo objetivo. Este marco de análisis determinará la imputación al autor de un resultado lesivo cuando el autor porte determinados saberes especiales que lo consideren superior al estándar o al rol de un sujeto no concreto o estereotipado, descripción que se condensa en «*el criterio normativo de la representación objetivo-real del curso causal lesivo del autor*». Este criterio es un presupuesto para determinar el deber de evitación que fundamenta el injusto.
20. No toda *posibilidad de evitar* el resultado derivado de un saber especial nos lleva a declarar típica una conducta, sus límites son el curso causal y la posición de garantía.
21. Para la atribución de responsabilidad penal debe *determinarse las condiciones y presupuestos que hacen que una acción sea susceptible de evitar la lesión de un bien jurídico*, y esto es un proceso valorativo. En ese sentido, para saber si una persona puede ser responsabilizada por un resultado lesivo, debe preguntarse en función de los fines del Derecho penal, (la limitación del poder punitivo del Estado), de la siguiente manera: *¿la prohibición de la correspondiente acción o la imposición de un deber es un medio eficiente desde el punto de vista político-criminal para evitar la lesión de un bien jurídico?*
22. Lo fundamental es determinar la *capacidad de evitación del autor*, pero esta capacidad debe estar en función del autor concreto. No basta afirmar que la norma se dirige a todos para desprender de ello un deber de actuar también general, sino que debe desprenderse tomando al autor individualmente considerado, en determinado momento, con respecto a determinado hacer u omitir.
23. Si la materia del enjuiciamiento comprende al sujeto considero en su individualidad (capacidades físicas, psíquicas e intelectuales), entonces, el punto de vista desde el cual se ha de valorar la acción y el injusto de resultado debe ser *ex ante* para el sujeto y *ex post* para el juzgador.
24. La adecuación social como criterio de interpretación es un enjuiciamiento *anticipado* (excluyente de sentido delictivo) al *enjuiciamiento propiamente dicho*. La adecuación no es una nube que se posó en el tipo penal cubriendo todos sus elementos (objetivos y subjetivos), sino que refleja los infinitos

enjuiciamientos previamente realizados. Dicho de otro modo, *recoge toda la experiencia valorativa judicial de la historia de una conducta considerada delictiva para una cultura particular* y que se ¡originó! por la valoración de un actuar final que a su vez recibió –fusionándose– el sentido de esa valoración. La adecuación social es un *enjuiciamiento histórico*, mientras que el enjuiciamiento propiamente dicho es uno del hecho actual. El enjuiciamiento histórico permite anticipar exclusiones de conductas que producen resultados lesivos.

25. La contribución a un hecho delictivo a través de un comportamiento estereotipado donde hay “algo” en común *debe necesariamente ser siempre objeto de enjuiciamiento*. En aquellos casos en los que no existe una comunidad (vida cotidiana) y, también, una relación causal, deberán ser resueltos, en principio, por la adecuación social, esto es, sobre la base de la interpretación del tipo (extraer su sentido social), para excluir conductas *irrelevantes jurídico-penalmente* y que no entran en la *ratio legis* de la norma prohibitiva.
26. Imputar como concepto de la *Teoría general del Derecho* es atribuir una consecuencia a la conducta, ya sea un premio o una sanción; como concepto del Derecho penal imputar jurídico-penalmente es atribuir a alguien una *pena*. De ese modo, reemplazo el *concepto de imputación* de la doctrina dominante (atribuir o vincular un suceso que acontece en el mundo con alguien), como el fundamental en el ámbito de la tipicidad, por el de *enjuiciamiento*, de ese modo, al excluir a la imputación del supuesto de hecho dejo total libertad al *enjuiciamiento* para que cumpla su función: determinar cuándo un comportamiento es relevante para el Derecho.

### *Consideración final*

Luego de haber terminado mi tesis me surgió una pregunta, ¿fue realmente la cuestión de los *conocimientos especiales* un problema que valió la pena haber estudiado? Si lo miramos desde un punto de vista estricto de la Dogmática penal, o sea desde dentro, podría ser que sí, en primer lugar, porque este problema no se resuelve si no se tiene una idea clara de toda la estructura del delito, es decir, si no se tiene un esbozo sistemático de todas sus categorías, pues el sistema está elaborado para dar soluciones prácticas y en tanto que la incorporación o no de dicho dato cognoscitivo obliga a cada sistema a arrojar resultados disímiles (para unos el conocimiento especial tiene relevancia para otros no, lo cual incide en la vida de un hombre con nombre y apellido), es preciso que se estudie el tema a efectos tomar una decisión al menos plausible que no atente contra el sistema y que sea político-criminalmente adecuado. En segundo lugar, si seguimos desde dentro, se puede advertir lo “apasionante” de la investigación, puesto que con un sistema ya erigido –que es lo más ansiado por el dogmático–, la incorporación de tal dato cognoscitivo lleva a modificar la sistemática construida y repensar el lugar de cada categoría del delito así como de la estructura y condiciones de validez de la norma, esto último que abarca a la Teoría del Derecho.

Sin embargo, si miramos desde fuera –desde fuera de la Dogmática y la Teoría del Derecho en general–, resulta que este problema a mi parecer es superfluo. La cuestión radica en que la Dogmática que está destinada a ofrecer resultados prácticos –y para ello *debe* orientarse al sistema– no lo hace porque se encierra en sí misma, empecinándose a mantener la organicidad y la perfección sistemática a costa de una solución justa, derivando a lo que se ha denominado una «dogmática sin consecuencias». Entonces, si observamos a la Dogmática que aborda la puntual cuestión de los conocimientos especiales desde la crítica e incluso desde la Teoría del Derecho –que estudia los conceptos más generales del Derecho, y por ende con escasa incidencia práctica a diferencia de la Dogmática–, vemos que el problema objeto de tesis es poco relevante, ya que no podría ser soportable que en determinados casos donde exista *control del mundo objetivo a través del conocimiento y dominio de la causalidad* no se sancione a quien permite la muerte de alguien, la puesta en cuestión de esta conclusión deriva en innecesarios problemas dogmáticos, esto se demuestra con el hecho que la mayoría de autores tengan por relevante el conocimiento especial, en contraste con una sistemática particular que no lo considera así.

Finalmente, con todo estimo que la Dogmática debe reorientarse hacia la práctica judicial y resolver científicamente los problemas que ella le ofrece y en función a los resultados ordenar un sistema que se caracterice por su flexibilidad. *¡La práctica es el criterio de verdad y el estudio de los fenómenos particulares (causas penales) la fuente de todo conocimiento!*

## Capítulo VI

### Sobre Dios y la crítica de Marx a la religión

#### 1. El mundo puesto por Dios.

El *mundo objetivo* que existe fuera de nuestra conciencia *es un mundo puesto por Dios*. Esto no significa negar el movimiento de la naturaleza, la sociedad (incluido el pensamiento), estos, en efecto, se desarrollan conforme a las contradicciones inherentes a ellas, las cuales hacen la historia de la humanidad, sin embargo, esta unidad de contrarios en las cosas y objetos del mundo es puesta por Dios, y una vez puestas siguen un movimiento particular e independiente.

En Hegel la historia es el autodespliegue de la razón o Idea absoluta, que no es sino Dios, esto significa que el mundo objetivo –nuestro mundo (la naturaleza y la sociedad)–, es un *momento* del desarrollo o movimiento dialéctico de la razón, momento necesario para su propia autocomprensión. Si seguimos su filosofía, esta nos conduce a un monismo: Todo es *un proceso, un devenir*; todo es el despliegue de la idea absoluta, *un proceso* de cambio y transformación constante, originado por la negatividad de la dialéctica. En Marx el mundo (la naturaleza y la sociedad) también es un proceso, pero este se explica por sí mismo (materialismo), es así que el mundo no es un *momento* del devenir de la Idea absoluta; la naturaleza y la sociedad son el desarrollo de sus propias contradicciones internas (dialéctica), no de algo fuera de ellas, sino de su propio ser.

Mi tesis, *el mundo es uno puesto por Dios*, significa reconocer un dualismo, esto es, entre un mundo espiritual y un mundo objetivo. El mundo *puesto* por Dios (la realidad objetiva), es aquel que se explica conforme a los estudios de Marx, en otras palabras, se explica con el materialismo dialéctico, esta es una doctrina científica respaldada por las ciencias naturales. La naturaleza y la sociedad no son *un momento* de despliegue del Concepto (Dios) –como sostiene Hegel–, ambos –Dios y el mundo– son distintos, independientes y separados. En cambio, el mundo espiritual es *un sólo mundo*, es el mundo de Dios, que se extiende a lo infinito y permanece inmutable; de ese modo, la espiritualidad del hombre, a diferencia de la materialidad de la realidad, es *un momento* de la espiritualidad universal de Dios.

El mundo espiritual no es un proceso, es un mundo inexplicado y eterno, no se mueve conforme a ningún movimiento dialéctico. En suma, *Dios es lo eterno e inmutable que puso un mundo que se mueve y transforma conforme a sus contradicciones internas*. La historia de la espiritualidad del hombre es la historia de su redención al reencuentro con Dios, que lamentablemente no es de todos los hombres; la historia del hombre es la historia de su liberación, no espiritual, sino material.

Dicho esto, es preciso retomar a Marx. En sus obras *En torno a la crítica de la filosofía del Derecho de Hegel. Introducción y Sobre la cuestión judía* – publicadas en febrero de 1844 en los “*Anales Franco-Alemanes*”–, pone de manifiesto su humanismo proletario y su esfuerzo por transformar la sociedad, dirigiendo su crítica contra la religión, «la crítica de la religión es la premisa de toda crítica», pues es preciso liberar al hombre de su esclavitud religiosa. «La crítica de la religión desengaña al hombre para moverlo a pensar, a obrar y a organizar su sociedad como hombre desengañado que ha entrado en razón, para que sepa girar en torno a sí mismo y a su yo real. La religión es simplemente, el sol ilusorio que gira en torno al hombre mientras este no se decide a girar en torno a sí mismo», la crítica a la religión era necesaria, para así descubrir que los problemas reales se encuentran en la terrenalidad del mundo, –continúa Marx–, «[l]a *misión de la historia* consiste, según esto, en descubrir *la verdad más acá*, una vez que se ha hecho desaparecer *al más allá de la verdad*. Y, ante todo, la *misión de la filosofía* puesta al servicio de la historia, después de desenmascarar la *forma de santidad* de la autoenajenación del hombre, está en desenmascarar la autoenajenación *bajo sus formas profanas*. La crítica del cielo se trueca, de se modo, en la crítica de la tierra, la *crítica de la religión* en la *crítica del derecho*, la *crítica de la teología* en la *crítica de la política*»<sup>300</sup>.

La crítica de Marx *a la religión* es una crítica fundada, sin embargo, *no es la crítica a Dios*, pues Dios y el mundo espiritual que él otorga a los hombres no es una religión, sino todo lo contrario, es una forma de vida, de fe y de existencia, que *sólo y únicamente atañe al mundo espiritual*. La constatación de la existencia de Dios se logra a través del pensamiento en contacto con el mundo objetivo, el conocimiento de Dios se alcanza conociendo el mundo mismo, pues es precisamente donde Dios se ha manifestado. La complejidad de la naturaleza y las formas de organización social revelan a Dios.

A la *posición protestante*, mi posición, la crítica de Marx no le alcanza. Además, este posicionamiento no significa resignarse a la simple contemplación del mundo y de sus problemas y limitarse a buscar la redención de Dios a través de su búsqueda espiritual. Una posición como la descrita aquí –al igual que el marxismo como una doctrina científica que fue escrita para la liberación material de las clases explotadas y menos favorecidas– no impide tomar partida por la transformación del mundo.

En ese sentido, la crítica de Marx es correcta, pues se dirigió contra la doctrina *religiosa* que había tergiversado las enseñanzas de Dios, esta religiosidad había pretendido regir el mundo de los hombres con las leyes de Dios, eternas e inmutables, cuando este mundo no se rige por ellas, estas solamente se dirigen al

---

<sup>300</sup> C. Marx. *En torno a la crítica de la filosofía del Derecho de Hegel. Introducción*, en *Escritos de juventud*, t.1, trad., de Wenceslao Roces. México D. F.: Fondo de cultura económica, 1ª ed., 1982, p. 492.

espíritu para su salvación, lo cual no significa reducir la *revelación de Dios* a la subjetividad particular del sentimiento como afirma Hegel<sup>301</sup>: «Dios es lo eterno en sí y por sí; y lo que en sí y por sí es universal es objeto del pensamiento, no del sentimiento. Todo lo espiritual, todo contenido de la conciencia, el producto y objeto del pensamiento y, ante todo, la religión y la moralidad, deben, sin duda, estar en el hombre también en la forma de sentimiento, y así empiezan estando en él. Pero el sentimiento no es la fuente de que este contenido mana para el hombre, sino sólo el modo y manera de encontrarse en él; y es la forma peor, una forma que el hombre tiene en común con el animal. Lo sustancial debe existir en forma de sentimiento; pero existe en otra forma superior y más digna. Más si se quisiera reducir la moralidad, la verdad, los contenidos más espirituales, necesariamente al sentimiento y mantenerlo generalmente en él, esto sería atribuido esencialmente a la forma animal; la cual, empero, es absolutamente incapaz de contenido espiritual. El sentimiento es la forma inferior que un contenido puede tener; en ella existe lo menos posible (...), y enteramente indeterminado»<sup>302</sup>.

El conocimiento de Dios a través del sentimiento y la espiritualidad implica el conocimiento de Dios en el mundo, pues ahí Dios también se ha revelado, incorporándose el conocimiento de Dios a través del pensamiento. Hegel confunde la vida en Dios –la del cristiano– con la religión: «Dios no quiere espíritus estrechos, ni cabezas vacías en sus hijos, sino que exige se le conozca; quiere tener hijos cuyo espíritu sea pobre en sí, pero rico en el conocimiento del El, y que pongan todo valor en el conocimiento de Dios», pedir *un espíritu pobre en sí*, convierte la crítica de Marx contra él y la religión en real y la *confunde* con la crítica a Dios.

La iglesia pretendió dar por inmutable las relaciones sociales de opresión y humillación en la que vivía el hombre, sentenciaba «que el principie siga siendo príncipe y el siervo siga siendo siervo», esto es, no reconocer que el mundo cambia, consolándolos bajo farsa de que su sufrimiento terrenal sería recompensado en el cielo. Por ello, es que la humillación del hombre en el mundo mismo, la pasividad ante su explotación aunada a la resignación de su salvación y su recompensa en el cielo por sus sufrimientos terrenales, desembocaron en la necesidad de Marx de liberar al hombre de la esclavitud religiosa, en consecuencia, la crítica de Marx fue y es hoy precisa. Esta crítica es tan vigente como lo fue en su época, alcanza, por un lado, a quienes pretende regir el mundo –su organización social– con las leyes divinas o, a quienes, crean doctrinas y las hacen una religión (como hoy en el mundo surgen, y no sólo lo estricto religioso) para humillar al hombre en su materialidad. Sólo de esa manera se podrá comprender a Marx cuando señala, «[l]a crítica de la religión desemboca en el postulado de que *el hombre es la suprema esencia para el hombre* y, por consiguiente, en el *imperativo categórico de echar por tierra todas las relaciones* en que el hombre es un ser humillado, sojuzgado, abandonado y despreciable...»<sup>303</sup>, pero esto no es la crítica a Dios. No hay crítica a Dios.

Por su paso por el templo de Jerusalén, Jesucristo afirmó «Dad a César lo que es de César, y a Dios lo que es de Dios» (San Marcos 12:17), a Poncio Pilato le manifestó: «Mi reino no es de este mundo; si mi reino fuera de este mundo, mis

<sup>301</sup> G. W. F. Hegel, *Lecciones sobre filosofía de la Historia universal*, 1ª ed., en “Ensayo”, Madrid: Alianza Editorial, 3ª reimpresión 2008., p. 54.

<sup>302</sup> G. W. F. Hegel, *Lecciones sobre filosofía de la Historia universal*, pp. 53 y s.

<sup>303</sup> C. Marx, *En torno a la crítica de la filosofía del Derecho de Hegel. Introducción*, p. 497.



servidores pelearían para que yo no fuera entregado a los judíos; pero mi reino no es de aquí» (Juan 18:36) o frente a la pregunta de los fariseos sobre cuando habría de venir el reino de Dios, el Señor les contesto: «el reino de Dios está entre vosotros» (Lucas 17:20). Estas palabras demuestran que el mundo espiritual es uno distinto al mundo material, muestra claramente que la forma de organización social es algo que le compete sólo al hombre, la lucha por su liberación material, de la esclavitud, del abuso y la opresión es una tarea del hombre mismo, en cambio, Dios vino a liberar el espíritu. Las enseñanzas divinas no buscan gobernar el mundo material, sino el espíritu, la lucha no es contra el hombre. Jesús dijo a través del apóstol San Pablo en la Carta a los Efesios 6:12, «Porque no tenemos lucha contra sangre y carne, sino contra principados, contra potestades, contra los gobernadores de las tinieblas de este siglo, contra huestes espirituales de maldad en las regiones celestes».

La humillación del hombre es la humillación *ante* Dios, no es la humillación del hombre ante el hombre, ni de su ser hombre o humanidad. Si Dios afirmó en la Carta antes mencionada «Siervos, obedeced a vuestros amos terrenales con temor y temblor», no lo dijo unilateralmente, sino que completo lo dicho con la *reciprocidad divina* señalando seguidamente, «Y vosotros, amos, haced con ellos lo mismo», (Efesios 6:5-10), no impuso la inmutabilidad del mundo («que el principie siga siendo príncipe y el siervo siga siendo siervo»), pues este mundo esta cambiando, puesto por Dios en movimiento.

Por otra parte, es incorrecto lo que Marx manifiesta en el *Prólogo* a “*La Sagrada familia*” –texto destinado a criticar la filosofía idealista especulativa– aquí dice «[e]l enemigo más peligroso del *humanismo real*, en Alemania, es el *espiritualismo* o *idealismo especulativo*, que suplante al *hombre individual y real* por la “*Autoconciencia*” o el “*Espíritu*” y dice, con el Evangelista: “El Espíritu vivifica, la carne embota”»<sup>304</sup>. Si San Pablo escribió en la Carta a los Romanos 8:6, «Porque el ocuparse de la carne es muerte, pero el ocuparse del Espíritu es vida y paz», esto no significa el desdén del hombre a su humanidad, al desprecio e indiferencia a su condición material a la renuncia por la búsqueda de soluciones a los problemas terrenales y abandonarse simplemente a la búsqueda de su salvación en Dios. La carne a la que hace referencia la Palabra de Dios, es el pecado, que contamina el espíritu y lo aleja de Dios, la carne es muerte, pero muerte espiritual. Si diferenciásemos bien el mundo espiritual y el material no caeríamos en la resignación espiritual y material de la religión, ni en la crítica desacertada a Dios.

Una posición protestante también implica oponerse a toda forma de religión, la vigencia de la actitud religiosa del hombre no sólo puede entenderse, como en la época de Marx, a la búsqueda de su realización material en el cielo y su negación real, sino también, en las formas de religión que hoy se suman a ello, esto es, las doctrinas y teorías encubridoras de la realidad. «La religión es el suspiro de la criatura agobiada, el estado de animo de un mundo sin corazón, porque es el espíritu de los estados de cosas carentes de espíritu. La religión es el opio del mundo»<sup>305</sup>. Mientras la vida en Dios es vida en abundancia y la fortaleza del

<sup>304</sup> C. Marx y F. Engels, *La Sagrada Familia o crítica de la crítica crítica. Contra Bruno Bauer y consortes* [1845], trad., de Wenceslao Roces, 2ª ed., México D. F.: editorial Grial, 1959, p. 73.

<sup>305</sup> C. Marx, *En torno a la crítica de la filosofía del Derecho de Hegel. Introducción*, p. 491.

hombre (Gálatas 5:12). Por ello se debe rechazar y combatir toda forma de religión con las enseñanzas de Dios.

Las leyes de Dios están dirigidas a salvar el espíritu del hombre y no liberarlo de su esclavitud material, el hombre busca su *liberación espiritual* en Dios, mientras que su *liberación material* debe buscarse en la forma de dominación o de opresión también material. Si lo que escrito provoca las sonrisas, ¿acaso no es también, igual de gracioso escuchar por ejemplo decir a Radbruch que “existen preceptos indemostrables, no susceptibles de conocimiento, sino tan sólo de creencia”, a los iusnaturalistas que “existen principios anteriores y superiores al Estado, presentes desde tiempos inmemoriales”, o a H. Kelsen sostener una “norma fundamental, como presupuesto epistemológico”?

Finalmente, si alguno todavía no se ha dado cuenta, lo que mi tesis quiere demostrar, por sobre todo, es que toda posición teórica presupone y se reconduce siempre a una posición filosófica: el idealismo o el materialismo; y dependiendo del método será metafísico o dialéctico. No es fácil mostrar una posición. La mía claramente idealista objetiva (dialéctica) y, por ello, contraria a Marx, pero quien quiera criticarme que asuma también sin vacilaciones una de esas posiciones, sino que no hable.

## Apéndice

### ***Un programa de Derecho penal para Latinoamérica sobre las obras de Juan Bustos Ramírez y Eugenio Raúl Zaffaroni***

Una corriente ha venido recorriendo América latina: La corriente de forjar una identidad filosófico-política, económica y jurídica propia. El mundo sabe que desde río Bravo hasta Tierras del fuego existe un mundo que se distingue de las demás culturas y que ya es hora de que los latinoamericanos expongamos al mundo entero *en unidad indisoluble* nuestras propias construcciones teóricas en todos los aspectos de las ciencias y humanidades. Las expresiones de universalidad en la literatura, el Derecho y las artes muestran la capacidad que posee Latinoamérica para expresar su identidad propia.

En el ámbito del Derecho, los juristas –y no los técnicos o especialistas– son conscientes de la necesidad de formar sistemas teóricos que sean el reflejo de nuestra realidad. Sin embargo, el deseo que nace siempre desde los primeros años de estudio es absorbido por las inmensas sistemáticas extranjeras. Efectivamente, estos sistemas cuales pirámides egipcias dejan sorprendidos a los estudiantes de Derecho que casi sin remedio optan por constituirse en sus defensores. Pero en contra de ello, hay que afirmar que el desarrollo de la Ciencia del Derecho por nuestros juristas ha demostrado la posibilidad de formar construcciones teóricas propias. Estas hoy constituyen los precedentes y, principalmente, las *condiciones* para el logro del cometido.

Las condiciones ya puestas requieren además la aptitud de los estudiantes para asumir ya no sólo con compromiso sino como *necesidad* la construcción de un Derecho para una sociedad concreta. El Derecho latinoamericano se constituirá en un *reflejo* de las relaciones sociales latinoamericanas; el Derecho en tanto una forma del pensamiento –abstracción– aprehenderá las características de la materia de su regulación, es decir, las contradicciones propias de nuestras relaciones sociales se plasmarán en la norma.

Las bases para la *formación* de una cultura de resistencia latinoamericana, constituye un primer momento, que seguirá con la consolidación de la misma en todo el continente. Sin embargo, lo que toda Ciencia tiene que demostrar es su capacidad de rendimiento, cuya constatación se logrará con su exportación (superar su localismo y positivismo).

No obstante, la realidad científico-jurídica latinoamericana se encuentra en un nivel de abstracción teórico, que sin embargo no es propio. Esto desvía la atención para el estudio de nuestra realidad concreta y objetiva, pues es constatable que las construcciones teóricas que describen un tipo de sociedad y que se pretenden adecuar a la nuestra, lejos de dar soluciones llevan a soluciones divorciadas y reñidas con la idea de justicia.

Las construcciones extranjeras se pretenden adecuar a la realidad como moldes, pero ello no es sostenible; no es la realidad la que se corresponde a las teorías, sino las teorías a la realidad. En Latinoamérica es constante la imposición de teorías extranjeras que se concretan en leyes favoreciendo a un sector de la sociedad. Esas teorías se viven en lo abstracto sin enriquecerla con la realidad.

*Nosotros los latinoamericanos sólo hemos pensado lo que Europa central ha hecho. Somos sus contemporáneos dogmáticos del presente, sin ser sus contemporáneos históricos. Así llego a la conclusión de que la dogmática*

*latinoamericana es la prolongación ideal de la forma de organización social europea.*

A esto debe ponerse fin, la abstracción y la ordenación lógica de los conceptos sólo debe partir del estudio empírico particular de las relaciones sociales concretas latinoamericanas. No es la reducción a una tópica o aun empirismo formal, sino que los datos de la experiencia –de nuestra experiencia– requieren un tratamiento lógico, ordenado y sistemático, ya que sin generalización no puede desarrollarse el conocimiento.

Las construcciones teóricas de nuestros juristas que se han dado constituyen las condiciones para dar unidad a una cultura de resistencia, en todos los aspectos de expresión de la vida latinoamericana. Debe iniciarse así en lo jurídico, una cultura de resistencia. Los ideales de las juventudes, de los hombres librepensantes latinoamericanos del pasado sabrán que sus esfuerzos han llegado a los primeros años de este siglo XXI, tan vigorosos como en su momento fueron expresados. Nuestros esfuerzos siguen ese mismo ideal.

Los profesores Raúl Zaffaroni y Juan Bustos R, constituyen los más grandes pilares de orientación para todo penalista en la comprensión del Derecho penal y en la búsqueda de la construcción de un Sistema penal latinoamericano, uno que responda a nuestra realidad, que valore las capacidades concretas del autor y fundamente la responsabilidad en ellas.

Argentina y Chile, pese a las dictaduras que arrasaron con el pensamiento progresista, tuvieron suerte que pensadores como ellos desarrollasen la Ciencia penal con un corte propio, es decir, latinoamericano; en cambio en Perú luego de la última dictadura militar se esperaba que pensadores sigan esa misma línea, sin embargo, inmediatamente vino la dictadura del fujimorismo, con ésta dictadura todo esfuerzo peruano de construir un sistema acorde a nuestra realidad no se afianzó. En el Perú escribir con línea crítica y sin obviar las relaciones de poder es casi censurable, pues aun quedan los rezagos –que hoy en el otoño del 2011 vuelven a la vida– de la ideología del fujimorismo respaldada por el poder conservador extranjero: la ideología de relacionar el pensamiento crítico con la desestabilización del poder y sobre todo con el terrorismo. En Perú, hoy, es sumamente vigente lo que Zaffaroni señaló en 1989:

«Una de las vías más efectivas para lograr la desinformación teórica es la "satanización", como "marxista", de cualquier crítica deslegitimante del sistema penal. Como veremos, ese calificativo tiene en los países centrales una connotación considerablemente amplia y discutida, dando la sensación de que se lo disputan, pretendiendo distintas vertientes ser los verdaderos intérpretes de Marx, pero en América Latina sufre una transformación que pasa por alto toda la gama de colores y matices centrales, excede su marco hasta límites absurdos y termina por designarse como tal *todo lo que constituye o amenaza constituir un contrapoder para la verticalización militarizada de nuestras sociedades periféricas*. Dicho brevemente, “marxista” es en América Latina, cualquier pensamiento o conducta que, sin importar si tiene o no relación con el discurso de Marx o con cualquiera de las múltiples versiones que pretenden derivarse de su pensamiento, es percibido por las agencias locales de control social como

amenaza para su poder o por agencias del poder central como disfuncionales para el ejercicio de poder periférico»<sup>306</sup>.

Esto se hace patente en los medios de comunicación, así como en los científicos que consideran acientífico un análisis que incluya el análisis político y las causas que originan el sistema penal. Se considera en el Perú que ser científico es el que hace dogmática a la alemana, la dogmática de puras abstracciones. Es científico un estudio sobre el error, las causas de justificación, pero no es científico ir a las bases del Derecho penal incluyendo al poder político y vincularlo a las relaciones económicas. Un estudio como los de J. Bustos Ramírez y E. Zaffaroni y más aún si es escrito por un estudiante no se tolera, no es científico.

Considero que las obras de estos dos maestros latinoamericanos y de sus discípulos consecuentes deben constituir no la principal, sino la única orientación para la construcción de una dogmática penal propia, por ello es que existe la necesidad de construir un círculo cerrado latinoamericano, es una tarea de las primeras décadas de este siglo. Cuando un latinoamericano se enrumba a Europa central, Norteamérica, Reino Unido o cualquier parte del mundo para llegar a ser *sólo* un discípulo de un eminente jurista extranjero y dedicarse con sus tesis de habilitación únicamente a corregir algunos puntos controvertidos de sus maestros no es otra cosa que una derrota para América Latina.

---

<sup>306</sup> R. Zaffaroni, “*En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática jurídico-penal*” [1989], 2ª reimpresión, Buenos Aires: EDIAR, 1998, pp. 140 y s.

## Bibliografía

### Bibliografía capítulo I:

1. Abbagnana Nicola, *Diccionario de Filosofía*, trad., Alfredo N. Galletti. México, D.F.: Fondo de cultura económica, 2ª reimpresión 2000 de la 3ª ed., en español 1998.
2. Alesandrov N. G/ Tumánov V. A, *et al. Teoría del Estado y del Derecho*, versión española de A. Fierro. México D.F.: Editorial Gribaldo. S.A., 2ª ed. 1966.
3. Aristóteles, *La Política*, Barcelona: Editorial Iberia, S.A., 3ª ed., 1962.
4. Bunge M., *Vigencia de la Filosofía* (Lecciones impartidas en la Univ. Inca Garcilazo de la Vega en 1997), Lima: Univ. Inca Garcilazo de la Vega, 1997.
5. Dynnik M. A., *et al, Historia de la filosofía*, t. II, trad. de José Lain y Adolfo Sánchez Vásquez, 2ª ed., México D. F.: Gribaldo, 1965.
6. Engels F., *Dialéctica de la Naturaleza*, trad., de Wenceslao Roces, México D.F.: Editorial Gribaldo, 1961.  
— *Anti-Dühring. La subversión de la ciencia por el señor Eugen Dühring*, trad., de Manuel Sacristán Luzón, México, D.F.: Editorial Gribaldo, 2ª ed., 1968.  
— *Ludwing Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana*, en Marx y Engels, *Obras escogidas*, Moscú: Editorial Progreso, [s.a].  
— *Del socialismo utópico al socialismo científico*, en Marx y Engels. *Obras escogidas*, Moscú: Editorial Progreso, [s.a].  
— *El Origen de la Familia, la propiedad privada y el Estado*, [4ª ed., 1891] en *Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso, [s.a].  
— “*Carta a Konrad Schmidt*”, Londres, 27 de octubre de 1880, en Marx y Engels. *Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso, [s.a].  
— “*Carta a Francisco Mehring*”, Londres, 14 de julio de 1893, en Marx y Engels. *Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso, [s.a].
7. Ferrater Mora José, *Diccionario de Filosofía*, 5ª ed., (Tomo A/D). Alianza Editorial. 1984.
8. García Lorente Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, 9ª ed. (1ª ed. en la colección “Sepan cuantos...”, 1971) México D. F.: Editorial Porrúa, S.A., 1980.
9. Gramsci Antonio, “*Cuestiones preliminares de filosofía*”, en *La formación de los intelectuales*, trad., Ángel Gonzáles Vega, México D.F.: Editorial Gribaldo, 1967.
10. Hegel G. W. F., *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio*, trad., Ramón Valls Plana, 2ª reimpresión 2005 de la 1ª ed., Madrid: Alianza Editorial, 1999.  
— *Lecciones sobre filosofía de la Historia universal*, 1ª ed. en “*Ensayo*”, Madrid: Alianza Editorial, 3ª reimp., 2008.  
— *Fenomenología del Espíritu*, trad., de Wenceslao Roces, México D. F.: Fondo de cultura económica, 1ª ed., en español 1966, (6ª reimpresión de la ed., 1985).  
— *Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del Estado*, trad. Eduardo Ramos, Madrid: Biblioteca Nueva, 2000.
11. Hirschberger Johannes, *Historia de la filosofía*, t. I y II, trad. de Luis Martínez Gómez, 2ª ed., Barcelona: Editorial Herder, 1967.

12. Konstantinov F. V., *Fundamentos de la filosofía marxista*. Academia de Ciencias de la URSS, Instituto de Filosofía, trad., de Adolfo Sánchez Vázquez y Wenceslao Roces, México, D.F.: Editorial Gribaldo, 1965,
13. Kopnin P. V., “*Lógica dialéctica*”, trad. de Lydia Huper de Velasco, México D. F.: Gribaldo, 1966.
14. Kouvelakis Stathis, “*Lenin como lector de Hegel*. Hipótesis para una lectura de los Cuadernos de Lenin sobre la *Ciencia de la Lógica*”, en *Lenin Reactivado. Hacia una política de la verdad*. Sebastian Bubgen/Stathis Kouvelakis/Slavoj Žižek (eds.). Madrid: Ediciones Akal S.A., 2010.
15. Lenin V. I., *Materialismo y empiriocriticismo*. Moscú: Editorial Progreso, 2ª ed., 1920.  
 — *En torno a la dialéctica* (En torno a la cuestión de la dialéctica), Moscú: Editorial Progreso, 1973, <http://www.marxists.org/espanol/lenin/obras/oe12/lenin-obrasescogidas04-12.pdf>.  
 — “*Tres fuentes y tres partes integrantes del Marxismo*”, en Marx y Engels. *Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso, [s.a.].  
 — “*Federico Engels*”, en Marx y Engels, *Obras escogidas*, Moscú: Editorial Progreso, [s.a.].
16. Magge Bryan, *Los grandes filósofos*, Madrid: Editorial Cátedra, S.A., 1995.
17. Marx C., *El Capital. Crítica de la economía política*, t. 1., trad., de Wenceslao Roces, México D.F.: Fondo de Cultura económica, 7ª reimp., 1975 de la 2ª ed, española de 1959.  
 — *Crítica de la Dialéctica y de la Filosofía hegeliana en general*, escrito integrante del *Tercer manuscrito* de los *Manuscritos económicos-filosóficos de 1844*, en *Escritos de juventud*. t. 1, trad., de Wenceslao Roces. México D. F.: Fondo de cultura económica, 1ª ed., 1982.  
 — “*Tesis sobre Feuerbach*”, en Marx y Engels, *Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso, [s.a.].  
 — *Contribución a la Crítica de la Economía Política*, trad. de J. Merino de la ed., alemana de 1920, Madrid: Alberto Corazón Editor, 1970. (Prólogo de la *Contribución a la Crítica de la Economía Política* [1859], en Marx y Engels. *Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso, [s.a.].  
 — *De la crítica de la filosofía del Derecho de Hegel [Crítica del Derecho del Estado de Hegel § 261-313]*, en *Escritos de juventud*, t.1, trad., de Wenceslao Roces. México D. F.: Fondo de cultura económica, 1ª ed., 1982.  
 — *En torno a la crítica de la filosofía del Derecho de Hegel. Introducción*, en *Escritos de juventud*, t.1, trad., de Wenceslao Roces. México D. F.: Fondo de cultura económica, 1ª ed., 1982
18. Marx C. y Engels F., *La Sagrada Familia o crítica de la crítica crítica. Contra Bruno Bauer y consortes*, (1845), trad., de Wenceslao Roces, 2ª ed., México D. F.: editorial Gribaldo, 1959.  
 — *Manifiesto del Partido Comunista* [escrito en diciembre de 1847- enero de 1848., ed. 1859] en Marx y Engels, *Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso, [s.a.].
19. Michael-Matsas Savas, “*Lenin y el camino de la dialéctica*”, en *Lenin Reactivado. Hacia una política de la verdad*. Sebastian Bubgen/Stathis Kouvelakis/Slavoj Žižek (eds.). Madrid: Ediciones Akal S.A., 2010.

20. Radbruch G., *Filosofía del Derecho*. 4ª ed., Granada: Editorial Comares, S.L. 1999.
21. Reale Giovanni y Antiseri Dario, *Historia del pensamiento filosófico y científico*. 2t. Barcelona: Editorial Herder, 1988.
22. Zaffaroni Eugenio Raúl, “En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática jurídico-penal” (1989), 2ª reimpresión, Buenos Aires: EDIAR, 1998.
23. Žižek Slavoj, *El sublime objeto de la ideología*, trad. Isabel Vericat Núñez. 1ª ed., argentina, Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2003.

### **Bibliografía capítulo III:**

1. Larenz Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad., de Rodríguez Molinero. 2da ed. definitiva. Editorial Ariel. Barcelona-Caracas-México, 1980.
2. Larenz Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad., de Luis Díez-Picazo, Madrid: Civitas, 1ª ed., 1985, reimpresión, 2001.
3. Larenz Karl, *Derecho Civil-Parte General*. Trad., y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea de la 3era ed. alemana, 1975. [s.c]: Editorial Revista de Derecho Romano-EDERSA, 1978.
4. Irti Natalino, “*Relevancia Jurídica*”. “*Rilevanza Giuridica*” en *Jus Rivista di Scienze Giuridiche*. Pubblicata a cura dell’Università del Sacro Cuore. N.S. Anno XVIII Gennaio-Giugno. Fasc. I-II. 1967, Milano. Versión preliminar del original a cargo de José Luis Gabriel Rivera, ex alumno de la UNMSM. [pp. 55-108 del original].

### **Bibliografía (resto de capítulos):**

1. Abanto Vásquez, ¿Normativismo radical o normativismo moderado? En Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales. Instituto peruano de Ciencias penales-Grijley. N° 5, Perú, Lima, 2004.
2. Alcácer Guirao Rafael, “*El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la Teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa*”, en ADPCP, t. XLIX Fasc. II, Mayo-Agosto, 1996.  
— “*Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política*”, en ADPCP, t. LI, fasc. Único, Enero – Diciembre, 1998.
3. Burkhardt Björn, *Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez una aportación contra la “confusión entre lo objetivo y subjetivo”*, trad. de Nuria Pastos M. en *El Sistema integral del Derecho penal* (1996), Jürgen Wolter/Georg Freund (eds.). Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2004.
4. Bustos, Ramírez, Juan, *Obras Completas: Derecho Penal Colección IUSTITIA t.1.- Parte General – t.2.-Control Social y otros estudios.*, Lima: ARA Editores, 2004.  
— “*Imputación objetiva: cuestiones metodológicas y sistemáticas*”, en *Obras Completas*, t. II, Control Social y otros estudios., Lima: ARA Editores, 2004.
5. Cancio Meliá, Manuel, “*La teoría de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo*”, en *El Sistema funcionalista del Derecho Penal*, Gunther Jakobs/Cancio Meliá, Ponencias presentadas en el II Curso Internacional del Derecho Penal., Lima 29, 31 de Agosto y 01 de septiembre del 2000, Lima: Grijley, 2000.  
— *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*, Santa fe: Univ. Nacional del Litoral - Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales y Rubinzal-Culzioni Editores, 2000.



- *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 2da ed., Barcelona: Bosch Editor, 2001.
- “*Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva*”, en Montealegre Lynett (coord.), *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. El funcionalismo en el Derecho penal, ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., Colombia, 2003.
- *Aproximación a la Teoría de la imputación objetiva*, en *La imputación normativa del resultado a la conducta*, Enrique Díaz-Aranda/Cancio Meliá Manuel, 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- “*¿Crisis del lado subjetivo del hecho?*”, en Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Jacobo López Barja de Quiroga y José Miguel Zugaldía Espina (coord.). Madrid-Barcelona: Instituto de Investigaciones Ortega y Gasset-Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004.
- “*Los orígenes de la teoría de la adecuación social*” (1994), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2ª reimp, 1998.
- *Líneas Básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1999.
6. Caro John José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Comentario a la sentencia de la Corte Suprema N° 4166-99-Lima, de 07 de marzo de 2001, 1ª ed, Lima: Grijley, 2003.
 

— “*La imputación subjetiva*”, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales. Instituto peruano de Ciencias penales-Grijley. N° 7, Perú, Lima 2006.

— “*Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales*”, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Instituto peruano de Ciencias penales-Grijley. N° 5, Perú, Lima 2004.

— *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho Penal funcionalista*. Lima: ARA editores, 2010.
  7. Demetrio Crespo Eduardo, “*El Derecho Penal del enemigo DARF NICHT SEIN! Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad*”, en *Derecho penal del enemigo. El Discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Coords. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Diez. Madrid-Buenos Aires-Montevideo: Edisofer S.L. - Euros editores SRL - BdF. Ltda., 2006.
  8. Engisch Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad., de Ernesto Garzón Valdez, Madrid: Ediciones Guadarrama, 1967.
  9. Frisch Wolfgang, “*La Teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático*”, [2001], trad. de Ricardo Robles Planas en *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho Penal*, Frisch/Robles Planas, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006.
 

— W. Frisch, “*Delito y sistema de delito*”, trad. de R. Robles Planas en *El Sistema integral del Derecho penal* [1996], Jürgen Wolter/Georg Freund (eds.). Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2004.
  10. García Amado Juan A., *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, reimpresión de la 1ª ed., 1997, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
  11. García Caveró Percy, “*La imputación subjetiva en Derecho Penal*”, en *Cuestiones actuales de Derecho penal y patrimonial*, Lima: ARA editores, 2005.

- “*Prohibición de regreso en Derecho penal*”, en *Estudios de Derecho Penal*, Jesús-María Silva Sánchez, et al. Lima: ARA editores, 2005.
12. Gracia Martín Luis, “*El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría de delito*”. En revista electrónica de Ciencia Penal y criminología en RECPC 06 (2004), <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-07.pdf>.  
 — *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad, Valencia: Tirant lo blanch; 2003.  
 — “*Consideraciones críticas acerca de la Teoría de la imputación objetiva desde la perspectiva del finalismo*”, (Prólogo al libro de M. Ángeles Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (una investigación a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto), en *Estudios de Derecho penal*. Lima: IDEMSA, 2004.  
 — “*Algunas consideraciones sobre el concepto y Sistema del Derecho penal*”, en *Estudios de Derecho penal*. Lima: IDEMSA, 2004.
  13. Hart H.L.A, *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.
  14. Hirsch Hans Joachim, “*El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel*” [1987] en *Obras Completas. Libro Homenaje*, t. 1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.  
 — “*Acerca de la Teoría de imputación objetiva*” [1998], en *Obras Completas. Libro Homenaje*, t. 1, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.  
 — “*Acerca de la tensa relación entre la teoría y la práctica en el Derecho Penal*” [1989]. En *Obras Completas. Libro Homenaje*, t. 1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; 1999.  
 — “*Adecuación social y teoría del injusto*” [1962], en *Obras Completas. Libro Homenaje*, t. 3., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; 1999.  
 — “*Sobre el Injusto del delito imprudente*” [2003], en *Revista de Derecho Penal y criminología*, UNED, 2ª época N° 16, 2005.
  15. Herzberg Rolf Dietrich, “*Reflexiones sobre la teoría de la acción final*”, RECPC 09 (2007) <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-01.pdf>.
  16. Hruschka Joachim, “*Reglas de comportamiento y reglas de imputación*”, ADPCP, T. XLVII, Fasc. III, Septiembre, 1994.
  17. Hurtado Pozo, *Manual de Derecho Penal Parte General I*, 3ª ed. Lima: Grijley, 2005.
  18. Jakobs Günther, “*Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*” [1985], trad. de E. Peñaranda Ramos, en *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal*, Lima: Palestra editores 1ª ed., agosto de 2000.  
 — “*Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal*” [1987], trad. de J. Cuello C., ADPCP, Tomo XLII Fasc. II, Mayo-Agosto. Madrid, 1994.  
 — *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, [1995], trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid: Editorial Civitas, S.A. 1ª ed., 1996.  
 — “*Imputación objetiva, especialmente en el ámbito del las institutos jurídicos-penales «riesgo permitido», «prohibición de regreso» y «principio de confianza»*”,

(1992) en *Estudios de Derecho Penal*, en *Estudios de Derecho Penal*, trad., de E. Peñaranda Ramos, C. Suárez González y M. Cancio Meliá, 1a ed., Madrid: UAM ediciones - Editorial Civitas S.A. 1997.

— “*Representación del autor e imputación objetiva*”, (1989), en *Estudios de Derecho Penal*, trad., de E. Peñaranda Ramos, C. Suárez González y M. Cancio Meliá, 1a ed., Madrid: UAM ediciones - Editorial Civitas S.A. 1997.

— “*La Prohibición de regreso en el delito de resultado: Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión*”, (1977), en *Estudios de Derecho Penal*, trad., de E. Peñaranda Ramos, C. Suárez González y M. Cancio Meliá, 1a ed., Madrid: UAM ediciones - Editorial Civitas S.A. 1997.

— “*La Prohibición de regreso en los delitos de resultado*” [1977], en Naucke/Otto/Jakobs/Roxin, *La prohibición de regreso en derecho penal*, trad. de M. Cancio Meliá y M. A. Sancinetti, Colección de estudios N° 11. 1ra ed., Bogota: Univ. Externado de Colombia-Centro de Investigaciones del Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998.

— *Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid: Marcial Pons S.A. 2da Edición corregida, 1997.

— “*Acción y omisión en derecho penal*”, trad., de Luis. C. Rey Sanfíz y Javier Sánchez-Vera, 1ª ed., Bogota: Univ. Externado de Colombia-Centro de Investigaciones del Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000.

— “*La intervención delictiva*”, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales. Instituto peruano de Ciencias penales-Grijley. N° 5, Perú, Lima 2004.

— “*La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del Presente*” [1999], trad., de Teresa Manso Porto, en *Dogmática de Derecho Penal y configuración normativa de la sociedad*. Recopilación de J. López Barja de Quiroja. Madrid: Thomson Civitas. 1era Edición 2004.

— *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Lima: Editorial Grijley, 1ª ed., peruana 1998, 1ª reimpresión 2001.

— “*Personalidad y exclusión en derecho Penal*” [2001], trad., de Teresa Manso Porto, en *Dogmática de Derecho Penal y configuración normativa de la sociedad*. Recopilación de J. López Barja de Quiroja. Madrid: Thomson Civitas 1era Edición, 2004.

— “*La pena estatal: significado y finalidad*” [2004], trad., de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, en *El fundamento del sistema jurídico penal*, Lima: ARA EIRL, 2005.

— “*¿Derecho penal del enemigo? Un estudio a cerca de los presupuestos de la juridicidad*”, en Jakobs/Polaino Navarrete, *Las condiciones de juridicidad del Sistema penal. Derecho penal del enemigo y concepto jurídico penal de acción en una perspectiva funcionalista*, Lima: Grijley, 2007.

— “*La imputación jurídico-penal y las condiciones de la vigencia de la norma*” [2000] en *Teoría de los Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Niklas Luhmann, et al, Coord. Carlos Gómez-Jara Diez Lima: ARA edit., 2007.

— “*El concepto jurídico penal de acción*”, en RPCP N° 03, Enero-Junio. Director José Urquiza Olachea, Lima: IDEMSA, 1994.

— *Dogmática de Derecho Penal y configuración normativa de la sociedad*, recopilación de J. López Barja de Quiroja, Madrid: Thomson Civitas, 1ª ed., 2004.

- “*Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica*” [2005], en *Teoría funcional de la pena y culpabilidad*, Manuel Cancio Meliá/Bernardo Feijoo Sánchez (ed.) Seminario de G. Jakobs en la UAM. Madrid: Thomson Civitas, 1ª ed., 2008.
19. Kaufmann Armin, *Teoría de la Normas*. Fundamentos de la Dogmática penal contemporánea, versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Edit. Depalma, 1977.
- “¿«Atribución objetiva» en el delito doloso?”, en ADPCP, t. XXXVIII, Fasc. III. Instituto Nac. De Estudios Jurídicos, Madrid, 1985.
20. Kelsen Hans. “*Validez y eficacia del Derecho*”. [49-74] Trad. por Eugenio Bulygin. En *Validez y eficacia del Derecho*. Hans Kelsen, Eugenio Bulygin y Robert Walter. Buenos Aires Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Colección Filosofía y Derecho N° 17, 2005.
- *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez de la 2ª ed. de 1985, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 4ª reimpresión, 1988.
- *¿Qué es la justicia?*, ed., española a cargo de Albert Calsamiglia, Barcelona: Editorial Ariel. S.A. 2ª ed. de la Colección Ariel. 1992.
- *Teoría Pura del Derecho*. Introducción a la Ciencia del Derecho, ed. francesa 1953, 18ª ed., agosto de 1989.
21. Kindhäuser Urs, “*Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso*”, en *Cuestiones de Derecho penal general y patrimonial*, Lima: ARA editores, 2005.
- “*Cuestiones fundamentales de la coautoría*”, trad. de M. Cancio Meliá. Cuadernos de Conferencias y artículos N° 29, 1ª ed., Bogotá: Univ. Externado de Colombia-Centro de Investigación filosofía y Derecho, 2002.
- *Crítica a la Teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo*. Tres Estudios, Lima: Grijley, 1ª ed. 2007.
22. Laclau Martín, “*Norma, deber ser y Ordenamiento jurídico en Hans Kelsen*”, en *Anuario de Filosofía jurídica y social*. Asociación Argentina de Derecho comparado, Sección Teoría General N° 05, Estructura y función de las normas jurídicas, Martin Laclau, et al. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985.
23. Lampe Ernst-Joachim, “*La causalidad y su función jurídico-penal*” [1989], en *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, trad., de Guillermo Orce, 1ª ed., Lima: Grijley, 2003.
- “*Acerca de la estructura ontológica del injusto punible*”, [1999] en *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, trad., de Carlos Gómez-Jara Díez, 1ª ed., Lima: Grijley, 2003.
- “*Acerca de la fundamentación funcional del sistema del delito*” [2001], en *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, trad., de Guillermo Orce y Miguel Polaino-Orts, 1ª ed., Lima: Grijley, 2003.
24. Lesch Heiko H, *La función de la pena*, trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1ª reimpresión 2000 de la 1ª ed., 1999.
- *Intervención delictiva e imputación objetiva*, trad., de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá: Univ. Externado de Colombia-Centro de Investigaciones del Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1ª reimpresión 1997 de la 1ª ed., 1995.

- *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, trad. de Ramón Ragués, en RPDJP, Instituto peruano de Ciencias penales-Grijley. N° 4, Perú, Lima 2003.
25. Luhmann Niklas, “*El derecho como sistema social*” [1989] en *Teoría de los Sistemas y Derecho Penal*. Fundamentos y posibilidades de aplicación, Coord. Carlos Gómez-Jara Diez Lima: ARA edit., 2007.  
— *Sistema Jurídico y Dogmática jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
  26. Maiwald Manfred, *De la Capacidad de rendimiento del concepto 'riesgo permitido' para la Sistemática del Derecho Penal*, trad. de Marcelo A. Sancinetti. Cuadernos de Conferencias y artículos N° 06. Bogota: Univ. Externado de Colombia-Centro de Investigaciones del Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996.
  27. Mir Puig Santiago. “*Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal*”, RECPC 05 (2003), <http://criminnet.ugr.es/recpc/05/recpc05-05.pdf>.  
— “*Límites del normativismo en Derecho Penal*”, en RECPC 07 (2005), <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>.  
— “*La perspectiva «ex ante» en Derecho penal*”, en ADPCP, t. XXXVI, Fasc. I. Enero-Abril, Madrid, 1983  
— “*Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto*”, en ADPCP, t. XLI, Fasc. III. Septiembre-Diciembre, Madrid, 1988.  
— “*Antijuricidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal*”. ADPCP. T. XLVII. Fasc. I, Madrid, 1994.
  28. Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal-Parte General*, 5ª ed., revisada y puesta al día, Valencia: Tirant lo blanch, 2002.
  29. Nino Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica* (con referencia particular a la dogmática penal). Reimp. de la 1ra ed. 1984, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
  30. Peña Cabrera Raúl, *Tratado de Derecho Penal: Estudio programático de la Parte general*, 2ª ed., Lima: Grijley, 1995.
  31. Peña Cabrera Freyre A. Raúl, *Derecho penal peruano: Teoría general de la imputación del delito*, Lima: Rodhas, 2004.
  32. Polaino Navarrete M., *Lectio doctoralis: Quince minutos de Derecho penal*, Lima: Grijley, 2007.
  33. Quintero María Eloísa, “*Acción, comunicación e injusto penal*”. En Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales. Instituto peruano de Ciencias penales-Grijley. N° 7, Perú, Lima, 2006.
  34. Reale Miguel. Introducción al Derecho. 10ma Edición Corregida y aumentada según la vigésima primera edición brasileña. Madrid. Edición Pirámide. S.A, 1993.
  35. Reyes Alvarado, Yesid. “*Fundamentos teóricos de la imputación objetiva*”. En ADPCP. T. XLV Fasc. III, Septiembre-diciembre. Madrid, 1992.  
— “*El concepto de Imputación objetiva*”, en Revista de Derecho Penal contemporáneo: Revista Internacional. N° 1, Oct-dic, Bogota-Colombia: LEGIS, 2002.  
— *Imputación objetiva*, 3ª ed, revisada y corregida, Bogotá: Temis, 2005.
  36. Robles Planas, Ricardo, “*Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la Teoría del delito*”, en

Frisch/Robles Planas, Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006.

37. Roxin Claus, *Política criminal y sistema de derecho penal*, trad. de F. Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1972.

— *Derecho Penal Parte General*, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, T. I, Madrid: Civitas, 1997, trad. de la 2ª ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, reimpresión, 2006.

— “*Observaciones sobre la prohibición de regreso*” [1989], en Naucke/Otto/Jakobs/Roxin, *La prohibición de regreso en derecho penal*, trad. de M. Cancio Meliá y M. A. Sancinetti, Colección de estudios N° 11, 1ª ed., Bogota: Univ. Externado de Colombia-Centro de Investigaciones del Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998.

— “*Acerca del fundamento penal de la participación*” [1993], en *La Teoría del delito en la discusión actual*, trad. de M. Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007.

— “*¿Qué es la complicidad*” [1995] en *La Teoría del delito en la discusión actual*, trad. de M. Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007.

— “*Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión*” (Ponencia presentada en la Univ. Pompeu Fabra en 1998), en *La Teoría del delito en la discusión actual*, trad. de M. Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007.

— “*El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual*” [2004], en *La Teoría del delito en la discusión actual*, trad. de M. Abanto Vásquez, Lima: Grijley, 2007.

— “*¿Qué puede reprimir penalmente el Estado? Acerca de la legitimación de las conminaciones penales*” [2003], en *Problemas actuales de la Dogmática Penal*, trad. de M. Abanto Vásquez, Lima: ARA editores, 2004.

— “*Problemas básicos del Sistema de Derecho penal*”, en *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, trad., de Carmen Gómez Rivero, Valencia: Tirant lo blanch, 2000. (Roxin Claus. “*Problemas fundamentales del sistema del derecho penal*”, en Roxin/Muñoz Conde. *Derecho penal: Nuevas tendencias en el Tercer milenio. Seminario Internacional*. 1 ed., Lima: Universidad de Lima, Fondo de desarrollo editorial, 2000).

— “*La evolución del derecho penal y la política criminal en Alemania tras le segunda guerra mundial*”, en *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, Valencia: Tirant lo blanch, 2000. (Roxin Claus. “*Problemas fundamentales del sistema del derecho penal*”, en Roxin/Muñoz Conde. *Derecho penal: Nuevas tendencias en el Tercer milenio. Seminario Internacional*. 1 ed., Lima: Universidad de Lima, Fondo de desarrollo editorial, 2000).

— “*La protección de la persona en el Derecho procesal penal alemán*”, trad. de Mª del Carmen García Cantizano, en *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, Valencia: Tirant lo blanch, 2000. (Roxin Claus. “*Problemas fundamentales del sistema del derecho penal*”, en Roxin/Muñoz Conde. *Derecho penal: Nuevas tendencias en el Tercer milenio. Seminario Internacional*. 1 ed., Lima: Universidad de Lima, Fondo de desarrollo editorial, 2000).

— Roxin Claus. “¿La protección de bienes jurídicos como misión del Derecho penal?”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. Instituto peruano de Ciencias penales-Grijley. N° 5, Perú, Lima 2004.

- Roxin Claus. “Acerca de la consolidación político-criminal del sistema Derecho penal”, en *Dogmática penal y política criminal*. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Lima: IDEMSA, 1998.
38. Sancinetti M., “*Observaciones sobre la Teoría de la imputación objetiva*”, en *Estudios sobre la Teoría de la imputación objetiva*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1ª ed. 1998.
39. Sacher de Köster Mariana, *Evolución del tipo subjetivo* (1995), Cuadernos de Colección de estudios N° 12. Bogota: Univ. Externado de Colombia-Centro de Investigaciones del Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998.
40. Schünemann Bernd, “*Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la Ciencia Jurídico-Penal alemana*”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- “*Consideraciones sobre la imputación objetiva*” (1997), en RPDJP, Instituto peruano de Ciencias penales-Grijley. N° 1, Perú, Lima 2000.
41. Silva Sánchez Jesús-Maria, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona: José María Bosch, 1992.
- “*¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la Teoría de las normas*”. RPDJP, N° 3, Lima, 2002.
- “*Comisión*” y “*omisión*”: *Criterios de distinción en Estudios sobre los delitos de omisión*, 1ª ed., Lima: Grijley, 2004 Estudios sobre los delitos de omisión. 1ra ed., Lima: Grijley, 2004.
42. Struensee Eberhard, “*Acerca de la legitimación de la «imputación objetiva» como categoría complementaria del tipo objetivo*”, trad. Fabrizio Guariglia. RPCP, N° 6 Año 2., gc ediciones. Perú. 1998.
- “*Actuar y omitir, delitos de comisión y de omisión*”, RPCP, N° 03, Editorial Grijley, Perú, 1994.
43. Urquiza Olachea José, “*El bien Jurídico*”, RPCP, N° 6 Año 3., gc ediciones, 1998.
44. Villa Stein Javier, *Derecho penal-Parte General*, Lima: Edit. San Marcos, 1998.
45. Villavicencio Terreros Felipe, *Derecho penal-Parte General*, 1ª ed., Lima: Grijley, 2006.
- “*La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana*”, [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op\\_20100205\\_02.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20100205_02.pdf).
46. Welzel Hans, “*Causalidad y acción*” [1931], en *Estudios de Derecho penal*, trad. de G. Eduardo Aboso y Tea Löw, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007.
- *Estudios sobre el sistema de Derecho penal* [1939], en *Estudios de Derecho penal*, trad. de G. Eduardo Aboso y Tea Löw, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007.
- *Derecho natural y justicia material: Preliminares para una filosofía del Derecho*, trad., F. González Vicén. Madrid: Aguilar, 1957
- “*¿Un mal entendido sin solución? Acerca de la interpretación de la teoría finalista*”, [1968], en *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006.
- “*La doctrina de la acción finalista, hoy*”, en ADPCP, T. XXI, Fasc. II, Mayo-Agosto, Madrid, 1968.

- “*Derecho penal y filosofía*”, [1964], en *Estudios de Derecho penal*, trad. G. Eduardo Aboso y Tea Löw. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007.
- *Derecho Penal alemán. Parte General.*, 11ª ed. trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970.
- “*Derecho natural y positivismo jurídico*” [1953], en *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006.
- *El nuevo Sistema del Derecho Penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. y notas de J. Cerezo Mir, reimpresión de la 1ª ed. en castellano de 1964, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002.
47. Zaffaroni Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática jurídico-penal* [1989], 2ª reimpresión, Buenos Aires: EDIAR, 1998.
- *Derecho Penal-Parte General*, 2ª ed, Buenos Aires: EDIAR, Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera, 2002.
- *El enemigo en el Derecho penal*, Buenos Aires: 1ª edic. EDIAR, 2006.
- “*Los desafíos del Poder judicial*” [2005], [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/articulo%20zaffaroni.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/articulo%20zaffaroni.pdf).
- “*La pena como venganza razonable. Lectio doctoralis en Udine*” [2009], [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/zaffaroni%20-%201a%20pena%20como%20venganza%20razonable.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/zaffaroni%20-%201a%20pena%20como%20venganza%20razonable.pdf)
48. Trabajos personales: Mi ensayo “*Relevancia, subsunción, y «hecho jurídico»*”. Un esbozo sobre el concepto de imputación”, publicado en *Revista de Análisis especializado en jurisprudencia* - RAE, dir. Giovani Priori Posada, Ediciones Caballero Bustamante, Año III, T. 30, diciembre, 2010, pp. 95/103; mi artículo, “*Terrorismo, Derecho penal y Estado de Derecho ¿Un trinomio funcional? Crítica a la «corroboración de lo normativo por lo fáctico» de G. Jakobs. Insostenibilidad teórico del Derecho penal del enemigo*”, (colaboró Eli Vidal Cordova), publicado en el Libro de ponencias del VI Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología, Huaraz: Editorial Ventura Andina, 1ª ed. 2009, pp. 304/336. (existe una mayor profundización de este trabajo aún sin publicar) y “*El Derecho Penal Frente a las nuevas formas de criminalidad: Especial referencia a los delitos Medioambientales*”, publicado en la Revista Jurídica del Perú. *Derecho Privado y Público*. N° 94, Lima: Gaceta jurídica- Normas legales, Diciembre 2008. pp. 334/347.